

**UNIVERSIDADE FEDERAL DO PARANÁ**

**FERNANDA DE AZEVEDO DELDUQUE DE MACEDO**

**VIOLÊNCIA CONTRA MULHER: (IN)EXISTÊNCIA DE CONSENTIMENTO  
PARA ATOS SEXUAIS QUANDO A CAPACIDADE DE DISCERNIMENTO  
ESTÁ REDUZIDA**

**CURITIBA**

**2017**

**FERNANDA DE AZEVEDO DELDUQUE DE MACEDO**

**VIOLÊNCIA CONTRA MULHER: (IN)EXISTÊNCIA DE CONSENTIMENTO  
PARA ATOS SEXUAIS QUANDO A CAPACIDADE DE DISCERNIMENTO  
ESTÁ REDUZIDA**

Monografia apresentada pela acadêmica Fernanda de Azevedo Delduque de Macedo ao curso de graduação em Direito da Universidade Federal do Paraná, como requisito parcial para obtenção do grau de bacharel em Direito.

Orientadora: Prof.ª Clara Maria Roman Borges

**CURITIBA**

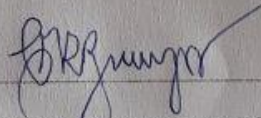
**2017**

## TERMO DE APROVAÇÃO

FERNANDA DE AZEVEDO DELDUQUE DE MACEDO

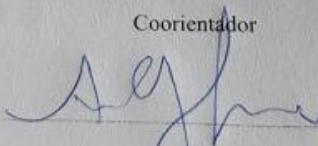
### **VIOLÊNCIA CONTRA MULHER: (IN)EXISTÊNCIA DE CONSENTIMENTO PARA ATOS SEXUAIS QUANDO A CAPACIDADE DE DISCERNIMENTO ESTÁ REDUZIDA**

Monografia aprovada como requisito parcial para obtenção de Graduação no Curso de Direito, da Faculdade de Direito, Setor de Ciências jurídicas da Universidade Federal do Paraná, pela seguinte banca examinadora:

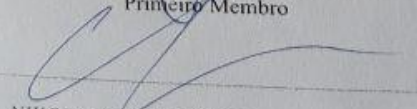


CLARA MARIA ROMAN BORGES  
Orientador

Coorientador



ANDRÉ RIBETRO GIAMBERARDINO  
Primeiro Membro



NIKOLAI OLCHANOWSKI - Direito Penal e  
Processual Penal  
Segundo Membro

*"Não serei livre enquanto alguma mulher for prisioneira, mesmo que as correntes dela sejam diferentes das minhas".*

*Audre Lorde*

## **AGRADECIMENTOS**

Pela conclusão deste trabalho, agradeço a minha mãe e ao meu pai, por me possibilitarem chegar até aqui, por fornecerem todo apoio possível e tornar esse processo menos árduo, através de compreensão e incentivo incondicionais.

Da mesma forma, minha irmã merece toda minha gratidão. Graças a sua crença em meu trabalho e seu orgulho de mim, tudo foi realizado com muita determinação e bom gosto.

Ao meu primo, Bruno, confiro meu sincero agradecimento, por sua grande ajuda, preocupação e compreensão, que viabilizaram a conclusão do trabalho.

Agradeço ao meu namorado, que me acompanhou de perto nessa etapa desde o começo, me apoiando da melhor maneira possível, com amor e paciência, e me passando seus aprendizados que foram de grande importância.

Meu tio, Jorge, embora não mais presente nesse mundo, também me impulsionou a realizar essa etapa acadêmica em razão de sua grande fé em meu desenvolvimento, não apenas acadêmico e profissional, mas também pessoal. Por isto, sempre lhe serei muito grata.

Agradeço a toda minha família, amigas e amigos por confiarem em mim e estarem do meu lado em todos os momentos da vida.

Sou grata a todos os professores, em especial a minha orientadora, Clara Borges, por toda paciência, dedicação e ensinamentos que possibilitaram a realização deste trabalho.

E a todas e todos que fizeram parte, direta ou indiretamente, da minha formação serei sempre muito agradecida.

*“E se mudasse esse ponto de vista  
E o falo fosse a vítima  
O que o povo ia falar?  
Trocando, assim, o foco da história  
Tirando do homem a glória  
De mandar nesse lugar”.*

*P.U.T.A. - Mulambra*

## **RESUMO**

O presente trabalho tem como objetivo analisar uma das formas de violência sexual contra a mulher, o estupro de vulnerável, especificamente quando a vítima está com a capacidade de discernimento reduzida para consentir com atos sexuais. À luz do artigo 217-A do Código Penal Brasileiro, será abordado situações em que essa forma de violência ocorre, particularmente quando essa vulnerabilidade é proveniente de embriaguez e circunstâncias análogas. Explicando os mitos acerca do assunto, será exposto a importância de debater sobre o tema e a necessidade de uma série de desconstruções. Ainda, será explorado como a questão é tratada juridicamente e quais as possíveis soluções para esse problema.

Palavras-chave: violência, gênero, mulher, vulnerabilidade, consentimento, embriaguez, discernimento.

## **ABSTRACT**

The present essay has the objective of analyzing one of the forms of sexual violence against women, incapacitated rape, specifically when the victim has diminished capacity for giving sexual consent. In light of the article 217-A of the Brazilian Criminal Code, it will be presented situations in which this kind of violence occurs, particularly when this vulnerability derives from drunkenness of the victim, or other similar situations. In explanation of the myths that surround the issue it shall be exposed the importance of debating about the subject and the necessity of a series of deconstructions, regarding such myths. Also, it will be explored how the matter is treated in law theory and possible solutions for the issue.

Keywords: violence; gender; women; vulnerable; consent; drunkenness; capacity.



## SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	10
1 BREVE EXPLICAÇÃO SOBRE VIOLÊNCIA SEXUAL	12
1.1 MITOS SOBRE AS FORMAS DE ESTUPRO E SUAS VÍTIMAS	14
1.2 ANÁLISE DO ESTUPRO DE VULNERÁVEL PREVISTO NO ARTIGO 217-A DO CÓDIGO PENAL	18
2 CONSIDERAÇÕES SOBRE O CONSENTIMENTO PARA A PRÁTICA DE ATOS SEXUAIS E SUA AUSÊNCIA	22
2.1 MANIFESTAÇÃO DE CONSENTIMENTO PARA A PRÁTICA DE ATOS SEXUAIS	24
2.2 IMPOSSIBILIDADE DE PRÁTICA DE ATOS SEXUAIS COM A MULHER QUE ESTÁ COM A CAPACIDADE DE DISCERNIMENTO REDUZIDA	27
2.3 QUANDO AMBAS AS PARTES ESTÃO COM A CAPACIDADE DE DISCERNIMENTO REDUZIDA PARA CONSENTIR COM ATOS SEXUAIS	29
3 PUNIBILIDADE NOS CASOS DE ESTUPRO DE VULNERÁVEL E SUA APLICAÇÃO	34
3.1 PUNIÇÃO LEGAL	38
3.2 PUNIÇÃO SOCIAL	42
3.3 MEDIDAS PARA CORRIGIR, SOLUCIONAR E EVITAR O ESTUPRO QUANDO A MULHER ESTÁ COM A CAPACIDADE DE DISCERNIMENTO REDUZIDA PARA CONSENTIR COM ATOS SEXUAIS	48
CONSIDERAÇÕES FINAIS	54
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	56

## INTRODUÇÃO

Será abordado neste trabalho a possibilidade ou não da mulher consentir com atos sexuais quando sua capacidade de discernimento está afetada, especialmente devido a ingestão de álcool ou substâncias entorpecentes.

A fim de contextualizar o tema, será brevemente explicado no primeiro capítulo a violência sexual contra a mulher, a partir de dispositivos legais. No mesmo capítulo, para demonstrar a importância de debater o assunto, será levantada a questão dos mitos sobre estupro. Será possível observar como a sociedade heteronormativa influencia na visão de determinadas formas de estupro, dificultando a crença em certas violências sexuais.

No segundo capítulo, será explorado o consentimento para a prática do ato sexual. Procura-se entender quando existe esse consentimento, quando ele é inválido e o que o compromete. Ainda, será analisado como o consentimento se manifesta e pode ser observado. Por fim, nessa parte, será discutido o que deve acontecer quando ambas as partes estão com a capacidade de discernimento reduzida para consentir com a prática de atos sexuais.

Finalizado, o terceiro capítulo abordará a questão de um ponto de vista jurídico, diferenciando a previsão legal do que ocorre na prática. Será concluído que o discurso jurídico interfere nas ações sociais e culturais, sendo o contrário também verdadeiro. A atual solução (legal) do Estado é mais simbólica do que realmente concreta, e assim será enquanto a estrutura social for determinada por um discurso heteronormativo e masculino. Além disso, nota-se que socialmente a vítima desses crimes de estupro de vulneráveis acabam se tornando culpadas, fazendo com que a discussão sobre o assunto seja difícil e penosa, uma vez que, normalmente, as mulheres são convencidas de silenciar sobre esses acontecimentos.

Serão apresentadas sugestões com a finalidade de evitar essa forma de estupro de vulneráveis, demonstrando que o procedimento para que o objetivo seja alcançado requer uma mudança estrutural da sociedade e do nosso sistema de justiça. Pretende-se informar sobre a necessidade de discutir esse assunto, propondo maneiras de tornar a exposição do ocorrido pela vítima menos árdua, pois é um fato corriqueiro e usualmente ignorado, não podendo continuar assim, uma vez que gera grandes abalos psicológico

para as vítimas e para quem corre o risco de sofrer essa violência, que são quase todas as mulheres.

Cumpra salientar que é de conhecimento que o estupro de vulnerável ocorre com homens e mulheres, porém o trabalho tratará de situações em que as mulheres são vítimas. Isso se deve ao fato de estarmos inseridos em uma cultura formada por comandos masculinos, onde usualmente incentiva-se a embriaguez de mulheres a fim de facilitar atos sexuais, como será melhor explicado no texto.

## 1 BREVE EXPLICAÇÃO SOBRE VIOLÊNCIA SEXUAL

O Código Penal em seu artigo 213, estabelece que estupro é o ato de “constranger alguém, mediante violência ou grave ameaça, a ter conjunção carnal ou praticar ou permitir que com ele se pratique outro ato libidinoso”. Ainda, menciona em seu artigo 215 a violência sexual mediante fraude, que se caracteriza por “ter conjunção carnal ou praticar outro ato libidinoso com alguém, mediante fraude ou outro meio que impeça ou dificulte a livre manifestação da vontade da vítima”. Ademais, está disposto no artigo 216 o assédio sexual, que ocorre quando há o constrangimento de alguém “com o intuito de obter vantagem ou favorecimento sexual, prevalecendo-se o agente de sua condição de superior hierárquico ou ascendência inerentes ao exercício do emprego, cargo ou função”. Por fim, relevante para o presente texto, é o estupro de vulnerável, preceituado no artigo 217-A do mesmo texto legal, definido como “ter conjunção carnal ou praticar outro ato libidinoso com menor de catorze anos”, complementado pelo parágrafo primeiro deste artigo, o qual determina que “incorre na mesma pena quem pratica as ações descritas no *caput* com alguém que, por enfermidade ou deficiência mental, não tem o necessário discernimento para a prática do ato, ou que por qualquer outra causa, não pode oferecer resistência”.

Nota-se que o bem jurídico protegido pelo Código Penal nesse caso é a dignidade sexual, que apresenta sintonia com o princípio constitucional da dignidade da pessoa humana (CF, Art. 1º, III), uma vez que todos têm direito de exigir respeito em relação à sua vida sexual, assim como tem obrigação de respeitar as opções sexuais alheias.

A dignidade é algo subjetivo, cada um a vê de determinada maneira, e de difícil mensuração. Entretanto, é penalmente relevante a conduta relacionada à relação sexual não consentida, à exploração por terceiros e à relação sexual contra vítimas que a lei considera vulneráveis.

Cabe explicar ao que se refere o artigo 213 do Código Penal ao conceituar estupro como o ato de “constranger alguém, mediante violência ou grave ameaça, a ter conjunção carnal ou a praticar ou permitir que com ele se pratique outro ato libidinoso”.

Para que haja o constrangimento mencionado, o agente se vale de violência física, que é o emprego de força física que dificulta ou impossibilita a capacidade de resistência da vítima, ou grave ameaça (violência moral), que é a promessa de um mal a alguém, capaz de perturbar a liberdade psíquica e a tranquilidade da vítima, devendo esse mal ser grave, certo, verossímil, iminente e inevitável (MAGGIO, 2014).

Assim, através do emprego da violência ou da grave ameaça, o sujeito constrange alguém a ter conjunção carnal ou a praticar/permitir que com ele se pratique outro ato libidinoso. Conjunção carnal é a cópula vagínica, ou seja, o relacionamento sexual entre o homem e a mulher, com a penetração completa ou incompleta do pênis na vagina, com ou sem ejaculação. Ato libidinoso é o que visa ao prazer sexual, com exceção da conjunção carnal, como por exemplo a masturbação, toques íntimos, introdução de dedos ou objetos na vagina, sexo oral e anal (MAGGIO, 2014). Nota-se, portanto, que a caracterização de ato libidinoso pode gerar divergências, uma vez que a expressão “prazer sexual” pode ser entendida de diversas formas, ou seja, é um conceito vago que abre espaço para diferentes interpretações, gerando discussões acerca dos dissensos.

Ademais, para que o estupro se configure é necessário a ausência de consentimento sincero e positivo da vítima durante o ato sexual. Para comprovar esse dissenso, não é exigido que a vítima pratique atos heroicos. Nesse sentido, Cezar Roberto Bitencourt (2012, p. 51) explica que “não é necessário que se esgote toda a capacidade de resistência da vítima, a ponto de colocar em risco a própria vida, para reconhecer a violência ou grave ameaça”. Logo será explicado que se tratando de vítimas vulneráveis, com ou sem consentimento, o crime será o de estupro de vulnerável (CP, art 217-A).

Destarte, como disserta Vicente Maggio (2014), o estupro pode ocorrer de três formas:

a) Constranger alguém, mediante violência ou grave ameaça, a ter conjunção carnal;

b) Constranger alguém, mediante violência ou grave ameaça, a praticar outro ato libidinoso;

c) Constranger alguém, mediante violência ou grave ameaça, a permitir que com ele se pratique outro ato libidinoso;

Importa destacar que para que o estupro seja configurado é imprescindível a existência do dolo. Ou seja, deve haver a vontade livre e consciente de cometer o estupro para que se caracterize o crime, não sendo necessário um fim especial de agir, isto é, também consiste em estupro o ato em que a intenção do agente era humilhar a vítima, ganhar aposta, contar vantagem, entre outros.

Por conseguinte, há estupro quando a liberdade sexual da vítima foi atingida pelo emprego de violência ou grave ameaça, sendo irrelevante a motivação do agente.

Esse trabalho abordará a violência sexual estabelecida no artigo 217-A do Código Penal, ou seja, quando há relação sexual com a vítima que não tem o necessário discernimento para a prática ato, não podendo oferecer resistência.

## 1.1 MITOS SOBRE AS FORMAS DE ESTUPRO E SUAS VÍTIMAS

Uma mulher é atacada por um estranho que utiliza a força, em algum lugar escondido, tarde da noite, e a todo momento a mulher tenta se defender e resistir fortemente, entretanto, apesar de seu esforço, é estuprada. Essa é a imagem que vem a cabeça quando se pensa em estupro. Qualquer cenário em que ocorre um estupro diferente do descrito, leva a descrença da narrativa da vítima e consequentemente a uma vitimização secundária, levando as vítimas a optarem por não denunciarem os agressores (BORGES; LEMOS, 2017, p.2).

Dessa forma, o roteiro que vem à mente quando se pensa em estupro, como o mencionado acima, caracteriza o chamado *rape script*, que seria a representação mental construída coletivamente para se identificar o estupro. (BORGES; LEMOS, 2017, p. 6).

De fato, o estupro como o descrito existe e poderá ser a realidade de muitas mulheres. Contudo, a maior parte dos estupros é cometida por conhecidos, em lugares

considerados seguros pela vítima, na presença de pessoas consideradas confiáveis. Como principal exemplo, é possível citar a violência sexual nas universidades. Essa forma de violência é muitas vezes ignorada, não chegando nem a ser reportada, pois a tendência é desacreditarem na palavra da vítima ou culpá-la, uma vez que grande parte dessa violência sexual ocorre em festas em que contém álcool, acreditando, por conseguinte, que a vítima se colocou em tal situação, sendo a única culpada pelo ocorrido.

Além disso, pelo fato desses casos não se enquadrarem no mencionado *rape script*, devido a identidade do agressor (muitas vezes conhecido) e pela situação, as vítimas não se sentem seguras ou confortáveis para falar sobre e/ou denunciar o crime.

Nesse sentido, Yeater e O'Donohue (1999, p. 739) explicam que as estudantes universitárias estão expostas a um risco maior de sofrer violência sexual, além de estarem sujeitas a serem atacadas por alguém próximo, o que torna a resistência mais difícil.

Ademais, as situações em que essas jovens são abusadas sexualmente em festas sob efeito de álcool, por pessoas de seu convívio, não se enquadram ao *rape script*, deixando, frequentemente, de serem consideradas estupro (DEMING; COVAN; SWAN; BILLING, 2013, p.466).

Neste seguimento, pontuam Borges e Lemos (2012, p. 2):

Aproximadamente 1 em cada 4 estudantes universitárias brasileiras sofreu ou irá sofrer alguma espécie de violência sexual. 1 em cada 4. Se se tratasse de outro crime certamente diversas medidas seriam tomadas a fim de diminuir esse índice de criminalidade, especialmente se estivesse em questão um crime patrimonial. No entanto, as universitárias vítimas dos crimes sexuais contemplam somente o silêncio daqueles que poderiam tentar reverter este cenário (polícia, universidade, sistema de justiça, etc.), ou pior, quando este silêncio é quebrado normalmente é apenas para vitimizá-las uma vez mais. A vitimização secundária destas pessoas decorre do fato de seus estupros não corresponderem a narrativa que se espera escutar de uma vítima de violência sexual.

Segundo as autoras Clara Borges e Alessandra Lemos (2017, p. 5), esses mitos a respeito do estupro “giram em torno de uma culpabilização da vítima, da absolvição social e criminal do estuprador e de uma minimização e/ou racionalização da violência sexual”.

Assim como o *rape scripts*, os *rape myths* são construções sociais, abrangendo crenças de que algumas situações abusivas são normais e não configuram violência

sexual. Enquanto o primeiro se refere às representações mentais coletivas que prescreve o estupro usualmente pensado, os *rape myths* denunciam as crenças que fazem com que algumas situações de estupro não sejam vistas como violência sexual (BORGES; LEMOS, 2017, p. 9).

Destarte, Borges e Lemos alegam que os mitos a respeito do estupro seriam crenças preconceituosas, estereotipadas e permissivas a respeito do estupro, das vítimas, do estupro e dos estupradores. Ademais, as autoras defendem que *rape myths* são as atitudes e crenças geralmente falsas, mas ampla e persistentemente adotadas, que pretendem justificar a agressão sexual (BORGES; LEMOS, 2017, p. 9).

Sobre o assunto, Borges e Lemos (2017, p. 9) afirmam que atualmente, pode-se identificar como principais mitos a respeito do estupro: (i) a violência sexual é motivada por uma necessidade ou paixão sexual incontrolável, visto que os homens têm necessidades sexuais e agem por impulso na ânsia de satisfazê-las; (ii) as mulheres sentem prazer ao serem estupradas; (iii) as mulheres pedem para serem estupradas ao adotarem determinados comportamentos, tais como sair à noite sozinhas, serem promíscuas, usarem saia curta, ingerirem álcool etc; (iv) as mulheres mentem que foram estupradas, principalmente para protegerem a sua honra, quando se arrependem de uma relação sexual ou para se vingar de um homem; (v) as mulheres vão sempre resistir a qualquer tentativa de violência sexual, seja verbalmente, fisicamente ou verbal e fisicamente ao mesmo tempo; (vi) as mulheres vão sempre denunciar qualquer relação sexual forçada imediatamente após o crime e vão se mostrar aflitas, abaladas, toda vez que relatarem a agressão sofrida, e (vii) não existe estupro dentro de um relacionamento afetivo/amoroso; (viii) o estuprador é alguém que se encaixa no estereótipo de criminoso; (ix) apenas mulheres e gays são estuprados; (x) o estuprador é alguém doente ou pervertido.

Desta forma, a cultura do estupro é criada no modo como a sociedade controla e define a sexualidade das mulheres. Ou seja, cria-se um ambiente propício a perpetuação dos *rape myths* quando a sociedade afirma que estupro é um crime que está relacionado ao sexo e não ao exercício de poder e impõe uma normalização dos tradicionais papéis de gênero. (BELL; HAYES; LORENZ, 2013, p. 208).



Sendo assim, é possível observar a relação entre os estupros não enquadrados no *rape script* e o patriarcado imposto, em que se visa determinar o que é o estupro e como ele ocorre, não pretendendo abranger os casos de violência sexual que não se encaixam nos *rape scripts*. Nota-se que apenas recentemente admitiu-se o estupro de vulnerável como uma forma de violência sexual, entretanto, como já explicado, o dispositivo do Código Penal que estabelece o crime não deixa claro quem são os vulneráveis ou os incapazes de apresentar resistência por qualquer outro motivo (tampouco, qual é esse “outro motivo”). Logo, há divergências sobre o assunto, abrindo espaço para a marginalização que a cultura machista impõe sobre a mulher e suas experiências, fazendo com que os mitos a respeito do estupro legitimam a violência sexual contra a mulher.

Isto posto, o primeiro passo para evitar essa forma de violência contra a mulher, é desconstruir os mitos a respeito do estupro mencionado. Deve-se dar credibilidade e confiança à narrativa da vítima, para que ela se sinta confortável e segura a denunciar o estupro que não se enquadra nos *rape scripts*. O estupro que ocorre nas universidades, principalmente em festas em que há álcool e substâncias entorpecentes, é tão grave quanto qualquer outro, entretanto, devido a provável culpabilização da vítima, os danos emocionais causados podem ser até maiores. A vítima opta por não falar sobre o assunto, uma vez que sabe que em outras situações semelhantes, as mulheres foram vistas como mentirosas ou culpadas. Se denunciam, geralmente assim são vistas, e as próprias vítimas tendem a acreditar nisso, se sentindo mentirosas ou culpadas.

Visto isso, resta claro a importância de estudar e debater o assunto e, portanto, ficou explicado o motivo de o foco deste trabalho ser esse. Pretende-se, dessa forma, defender que há redução da capacidade de discernimento para o consentimento de atos sexuais quando a mulher se encontra nessa situação (sobre o efeito de álcool, em uma festa universitária, com pessoas de seu convívio acadêmico e em um lugar considerado seguro e conhecido) e portanto, esses casos devem ser enquadrados no artigo 217-A, parágrafo primeiro, do Código Penal (estupro de vulnerável), sendo igualmente importante

e grave como qualquer outra forma de violência sexual, devendo, então, ser debatido e conduzido judicialmente da mesma forma do estupro encaixado no *rape script*.

## 1.2 ANÁLISE DO ESTUPRO DE VULNERÁVEL PREVISTO NO ARTIGO 217-A DO CÓDIGO PENAL

O Código Penal, em seu artigo 217-A, determina que configura crime sexual contra vulnerável o ato de “ter conjunção carnal ou praticar outro ato libidinoso com menor de 14 (catorze anos)”, ainda, no parágrafo primeiro do mesmo artigo, está disposto que “incorre na mesma pena quem pratica as ações descritas no *caput* com alguém que, por enfermidade ou deficiência mental, não tem o necessário discernimento para a prática do ato, ou que, por qualquer outra causa, não pode oferecer resistência”.

Observa-se que o *caput* do artigo em questão é bastante claro, não abrindo espaço para interpretações errôneas, assim como a primeira parte do parágrafo primeiro deste dispositivo. Todavia, a segunda parte do parágrafo gera incertezas, uma vez que se refere a quem “por qualquer outra causa, não pode oferecer resistência”. Questiona-se o que seria outra causa, como ela pode ser observada, quando e de que forma.

Entende-se que essa parte do parágrafo se refere à outra causa que reduza ou exclua a capacidade de oferecer resistência ou de discernimento para o consentimento de atos sexuais. Pode-se citar como exemplos em que isso ocorre, o caso em que há enfermidade mental (explícita no parágrafo em questão), sono, uso de narcóticos, anestésicos ou inebriantes – clorofórmio, éter, cocaína, ópio e álcool (GUSMÃO, 1981, p. 112). Entrementes, o interesse do trabalho cinge-se, principalmente, aos casos em que a vítima se encontra em estado de embriaguez no momento da conjunção carnal ou ato libidinoso, pois, como será demonstrado, essa situação é bastante comum, porém frequentemente ignorada.

A maior parte desses casos, o próprio agente utiliza de meios para reduzir ou retirar a capacidade de discernimento da vítima, impossibilitando que ela consinta livremente com o ato. Nesse quadro, ocorre o que o autor Chrysolito de Gusmão (1981, p.

112) conceitua como violência física-moral, que acontece quando o sujeito utiliza meios que, como a ameaça, produzem em sua imediata atuação física, estado de passageira anormalidade da atividade psíquica, cujas funções são perturbadas, de forma a impossibilitar a defesa ou resistência da vítima. Nesse sentido, o autor, citando Garraud, afirma que “haverá estupro todas as vezes em que a mulher não tiver consentido ao ato de que ela tenha sido vítima, ponderações essas que faz ao tratar da hipótese de sofrer a vítima de alienação mental, ou de haver sofrido uma alteração accidental das faculdades mentais” (GARRAUD apud GUSMÃO, 1981, p. 109).

Porém, o que gera maior discussão, é a situação em que a vítima se encontra com a capacidade de discernimento reduzida para poder consentir com ato sexual não por indução do agente, mas porque ela própria se colocou nessa situação (ingeriu álcool, por exemplo) ou por conta de comportamento de terceiro que não o agente. Essa conjuntura abre espaço para diversas discussões, uma vez que o Código Penal não é explícito acerca do assunto. Como explicado, há muitos mitos sobre o estupro. Frequentemente acredita-se que a mulher é culpada por sofrer violência sexual nesses casos, uma vez que ela se colocou nesse estado. Entretanto, o Código não estabelece de que forma a vítima deve ter perdido a capacidade de discernimento sendo impossibilitada de apresentar resistência. Está disposto que ocorre estupro de vulnerável quando ela se encontra nesse estado, não importando de que modo ela chegou ao estado de embriaguez, por exemplo, ou se ela consentiu ou não com o ato, uma vez que o consentimento é inválido por ela não possuir capacidade de discernimento.

Destarte, há hipóteses de presunção de violência quando a vítima não pode oferecer resistência, em qualquer circunstância em que ela esteja impossibilitada de resistir.

Importa mencionar que em 2009, a Lei nº 12.015 substituiu o conceito anterior de “presunção de violência” (também conhecido como “estupro presumido”), antes previsto no artigo 224 do Código Penal, pelo novo conceito de “estupro de vulnerável”. A doutrina e jurisprudência dividiram-se em duas correntes de pensamento: entre a que defendia que essa presunção é relativa (aceita prova em contrário, devendo analisar cada situação

casuisticamente) e a que sustentava que a presunção é absoluta (não aceita prova em contrário e em todos os casos de vulnerabilidade o estupro é configurado). Contudo, a presunção continua implícita na nova legislação, após a promulgação da Lei nº 12.015/09, no artigo 217, que trata de estupro de vulnerável.

Se referindo à mudança do Código (da presunção de violência do artigo 224 do Código Penal de 1940, para o estupro de vulnerável estabelecido pela lei 12.015 de 2009) e para defender a presunção relativa nesse tipo de delito, Cezar Bitencourt (2012, p. 226), explica que o legislador usa os mesmos enunciados que foram utilizados pelo legislador de 1940 para presumir a violência sexual. Afirma que o legislador anterior foi democraticamente transparente, apesar de se encontrar em período de ditadura, uma vez que destaca expressamente as causas que levavam à presunção de violência. No entanto, quando nosso ordenamento jurídico deve democratizar-se sob as circunstâncias de um novo modelo de Estado Constitucional e Democrático de Direito, o legislador contemporâneo usa a mesma presunção de violência, todavia, disfarçadamente, na ineficaz pretensão de ludibriar o intérprete e aplicador da lei (BITENCOURT, 2012, p. 226).

Na mesma linha, Nucci (2009, p. 37) sustenta que

A proteção conferida aos menores de quatorze anos, considerados vulneráveis, continuará a despertar debate doutrinário e jurisprudencial. O nascimento do tipo penal inédito não tornará sepulta a discussão acerca do caráter relativo ou absoluto da anterior presunção de violência.

Por fim, ainda referindo-se a relatividade da presunção de violência (agora implícita), Bitencourt (2012, p. 228), complementa:

Essa pretensão do legislador fica muito clara quando se observa que, na definição do estupro de vulnerável, ignorando o enunciado incriminador do art. 213, adotou as elementares do revogado crime de sedução “ter conjunção carnal” (antigo art. 217) e substituiu a violência ou grave ameaça reais, do crime de estupro, pela condição de vulnerável do ofendido, qual seja, menor de quatorze anos (*caput*) ou deficiente mental (§ 1º), que nada mais é do que uma presunção implícita de violência. Essa presunção implícita, inconfessadamente utilizada pelo legislador, não afasta aquela discussão sobre a sua relatividade, naquela linha de que a mudança do rótulo não altera a substância.

Assim, o autor conclui que embora se tenha utilizado outra técnica legislativa (suprimir a previsão expressa da presunção de violência), a interpretação mais racional

deve seguir o mesmo caminho que vinha trilhando a orientação do STF: examinar caso a caso, para constatar, em concreto, as condições pessoais de cada ofendida, o seu grau de conhecimento e discernimento da conduta humana que ora se incrimina, ante a extraordinária evolução comportamental da moral sexual contemporânea (BITENCOURT, 2012, p. 228).

Defende-se, portanto, que essa presunção de violência da situação elencada no artigo 217-A, parágrafo primeiro, é relativa, assim como a presunção de vulnerabilidade. Deste modo, é necessária uma avaliação casuística para verificar se a vítima não possuía capacidade de discernimento no momento em que houve o ato sexual, consentido ou não. Nessa situação em que a presunção é relativa, a vítima pode ou não ser vulnerável (nos termos do Código Penal), devendo-se examinar o caso para constatar se tal circunstância pessoal se faz presente nela ou não, ou seja, a vulnerabilidade deve ser comprovada (BITENCOURT, 2012).

Nesse sentido, Bitencourt (2012, p. 225) explica que quando o legislador determina que há estupro de vulnerável contra “quem por enfermidade ou deficiência mental, não tem o necessário discernimento para a prática do ato, ou que por qualquer *outra causa*, não pode oferecer resistência”, não se trata de qualquer *outra causa*, propriamente, mas de qualquer *outra causa* que guarde similitude ao paradigma “por enfermidade ou deficiência mental”. Complementa o autor (2012, p. 226) :

Assim, exemplificativamente, aproveita-se do estado de inconsciência da vítima (v. g., desmaio, embriaguez alcoólica, estado de coma etc.), em que a vítima não possa oferecer resistência. Dito de outra forma, a elementar que ‘qualquer outra causa’, aparentemente, com uma abrangência sem limites, é restrita ao seu paradigma, com o qual deve guardar semelhança, por exigência de interpretação analógica e da tipicidade estrita.

Sobre o assunto, Bitencourt (2012, p. 229) apronta que a presunção de vulnerabilidade disposta no texto legal é relativa, recomendando avaliação casuisticamente.

Nota-se, portanto, que a vítima, nos casos de estupro de vulnerável disposto na segunda parte do parágrafo primeiro do artigo 217-A do Código Penal, deve ter a capacidade de discernimento reduzida ou anulada de modo que a impossibilite de oferecer resistência. Ou seja, para que o estupro seja configurado, o consentimento deve

ser inexistente ou inválido. A capacidade de discernimento para consentir com atos sexuais pode ser afetada pelos motivos acima citados. Entretanto, há diversos questionamentos e mitos sobre o assunto. Ignora-se essa forma de violência sexual, pois acredita-se que ela não existe, ou que a culpa é da vítima, já que muitas vezes ela não tenta ou não consegue se defender da violência. Será demonstrado que essa forma de violência sexual existe, pode gerar grandes abalos físicos, psicológicos e emocionais nas vítimas, devendo, por conseguinte, ser discutida e debatida, para confortar as vítimas, abrir espaço para que elas falem sobre o assunto, contribuindo para que diminua o máximo possível essa forma de violência, pretendendo sua total inexistência.

## 2 CONSIDERAÇÕES SOBRE O CONSENTIMENTO PARA A PRÁTICA DE ATOS SEXUAIS E SUA AUSÊNCIA

O estupro, descrito no artigo 213 do Código Penal, é caracterizado pela conjunção carnal ou ato libidinoso praticados mediante violência ou grave ameaça, independente da identidade da vítima. A configuração do crime ocorre com a supressão do poder (força ou capacidade de resistência) da mulher se defender ou se opor à prática do ato sexual (BITENCOURT, 2012, p. 107). Assim, há o estupro quando a vítima não consente com a prática do ato sexual.

Destarte, para que fique demonstrado que a vítima não consentiu com o ato sexual, a ordem jurídica não exige a prática de atos extraordinários. Há, nessa situação, a vigência dos princípios da proporcionalidade e razoabilidade, recomendando-se, a avaliação concreta da correlação de forças, especialmente a superioridade de forças do agente. Deste modo, não é necessário que a capacidade de resistência da vítima seja esgotada, a ponto de colocar a própria vida em risco, para que se reconheça a violência ou a grave ameaça e, conseqüentemente, a ausência de consentimento para o ato em questão (BITENCOURT, 2012, p. 107).

Ainda, para que o estupro seja configurado, não é necessário que a violência seja traduzida em lesões corporais, a lei exige que “a resistência da vítima à consumação seja sincera, mas não exige que se prolongue até o desfalecimento” (BITENCOURT, 2012, p. 107). Nesse sentido, complementa Nucci (2009, p. 19) que “sob essa ótica, é crucial afastar todo tipo de preconceito e posições hipócritas, pretendendo defender uma resistência sobre-humana por parte da vítima, a fim de comprovar o cometimento do estupro”.

Portanto, o estupro tipificado no artigo 213 do Código Penal se configura com a conjunção carnal ou ato libidinoso sem o consentimento da vítima. Essa ausência de consentimento é verificada na tentativa de resistir e se opor ao ato sexual. Entretanto, devido a força ou grave ameaça, a vítima é constrangida e o poder de resistência é suprimido, restando caracterizado o estupro.

Contudo, no presente texto, trabalha-se com o estupro de vulnerável, no qual a questão do consentimento deve ser analisada de forma diferente. Explicou-se que para que haja configuração do estupro descrito no artigo 213 do Código Penal, é necessário

que reste demonstrado o dissenso da vítima, o constrangimento a que foi submetida, ou seja, a caracterização da violência ou grave ameaça como fundamento da impossibilidade da vítima resistir à prática do ato sexual forçado. Exige-se que esse dissenso seja demonstrado sem, contudo, exageros. Ou seja, não se exige ato heróico da vítima, tampouco qualquer ato além de sua capacidade, que coloque sua vida em risco (BITENCOURT, 2012, p. 233).

Não obstante, o dissenso da vítima ou grau de resistência, basicamente, não existe no estupro de vulnerável. Sobre o assunto, discursa Bitencourt (2012, p. 233):

Dizemos, basicamente, porque, assim como a violência é presumida, a incapacidade de resistir igualmente o é nesta infração penal. No entanto, tal qual a violência, essa presunção implícita, também em relação à capacidade de consentir ou, *mutatis mutandis*, de resistir, é igualmente submetida à necessidade de ser comprovada, *in concreto*, relativizando-se tais presunções. Em outros termos, essa dupla presunção é relativa.

Isto é, entende-se que o vulnerável não possui capacidade de resistência, portanto, também não possui capacidade para consentir com o ato sexual. Deste modo, se houver consentimento do vulnerável, provavelmente não será válido, uma vez que o discernimento para consentir com esses atos estava comprometido.

Entretanto, há grande dificuldade para comprovar que o consentimento não existiu ou foi inválido nesses casos. Quando a vítima é vulnerável devido à baixa idade (menor de quatorze anos), é mais fácil demonstrar que o estupro de vulnerável restou configurado. Por outro lado, quando a vítima está com a capacidade de discernimento reduzida devido à ingestão de bebida alcoólica ou substâncias entorpecentes, é de extrema dificuldade a comprovação de que se caracterizou o estupro de vulnerável. Além da complexidade para se comprovar que a vítima se encontrava vulnerável no momento do ato, sem condições de consentir com o mesmo, há a culpabilização da vítima por ela ter ficado nesse estado, desestimulando denúncias dessas situações, tornando penoso um debate sobre o assunto, que é de grande importância.

## 2.1 MANIFESTAÇÃO DE CONSENTIMENTO PARA A PRÁTICA DE ATOS SEXUAIS



Quando a capacidade de discernimento está reduzida, principalmente por ingestão de álcool ou de substâncias entorpecentes, é difícil de afirmar quando houve ou não manifestação válida de consentimento. Na maioria dos casos, os que não se enquadram no mencionado *rape script*, não terão a violência explícita, aquela pensada pelo senso comum nos casos de estupro. Muitas vezes, os agentes afirmam que houve consentimento, não caracterizando estupro. Todavia, deve-se analisar se a manifestação desse consentimento foi válida. Mesmo não havendo violência física direta e tendo certa forma de consentimento, pode configurar estupro de vulnerável. Isso porque a violência pode ser presumida e o consentimento inválido.

Assim, a violência presumida é também denominada de ficta ou indutiva, e assume esse caráter devido à impossibilidade da ofendida se opor ao agente. A violência, nesse sentido, pode assumir duas formas: a física e a moral. Não havendo resistência, não há de se falar em violência real. O consentimento até pode existir quando a capacidade de discernimento está reduzida, apenas não é válido juridicamente. Quem não pode consentir, dissente, e por isso presume-se a violência. (GUIMARÃES, 2013, p. 47).

Em resumo, quando não há capacidade de consentimento ou manifestação contrária da vítima, o ato é necessariamente violento. Para a prática de atos sexuais nessa condição (a vítima com a capacidade de discernimento reduzida), a legislação não aceita a vontade manifestada, recaindo no silogismo, utilizado para justificar a presunção de violência.

Nessa linha, nem sempre os vulneráveis estão impossibilitados de manifestar sua vontade ou consentimento, embora não lhes possa dar valor jurídico. O estado de indiferença ou a ausência de consentimento válido podem ser assimilados à falta de consentimento, justificando a presunção de violência GUIMARÃES, 2013, p. 47)

Por conseguinte, é possível afirmar que há violência, seja ela presumida ou não, quando a capacidade de discernimento está reduzida, ou seja, quando a manifestação de consentimento para atos sexuais é inexistente ou inválida.

Deste modo, para que a presença ou não do consentimento para a prática de atos sexuais seja analisada, a conduta mais racional deve seguir a orientação do STF: examinar cada caso, concretamente, para constatar as condições pessoais da ofendida, o grau de conhecimento e discernimento da conduta humana que está sendo incriminada, ante a evolução comportamental da moral sexual contemporânea (BITENCOURT, 2012, p. 228).

Nesse sentido, citando conclusão do Ministro Marco Aurélio, Bitencourt (2012, p. 229) sustenta:

A presunção de violência prevista no art. 224 do Código Penal cede à realidade. Até porque não há como deixar de reconhecer a modificação de costumes havida, de maneira assustadoramente vertiginosa, nas últimas décadas, mormente na atual quadra. Os meios de comunicação de um modo geral e, particularmente, a televisão são responsáveis pela divulgação maciça de informações, não as selecionando sequer de acordo com medianos e saudáveis critérios que pudessem atender às menores exigências de uma sociedade marcada pela dessemelhança.

A partir disso, nota-se que o que deveria ser analisado casuisticamente, considerando uma conjuntura de fatos e provas, é banalmente julgado socialmente. Ou seja, decide-se superficialmente se houve ou não manifestação de consentimento para determinado ato sexual. Pensa-se que se a vítima estava com a capacidade de discernimento reduzida devido a ingestão em excesso de bebida alcoólica ou entorpecentes, ela se colocou em tal situação, portanto, é culpada pelo ocorrido.

Dessarte, é possível concluir que mesmo que a vítima tenha manifestado consentimento para a prática de ato sexual, se ela estiver com a capacidade de discernimento reduzida ou anulada, essa manifestação é inválida. Ou seja, a invalidade do consentimento equivale ao não consentimento, caracterizando o estupro de vulnerável. Difícil, entretanto, comprovar que esse consentimento é inválido devido a redução de capacidade de discernimento da vítima, uma vez que essa forma de estupro não se enquadra no *rape script*. Há grande dificuldade em demonstrar que a vítima se encontrava com a capacidade de discernimento reduzida e, portanto, não tinha condições de consentir com a prática de atos sexuais, que esses atos sexuais não foram sua escolha, tampouco sua culpa, e, por isso, configuram o estupro.

## 2.2 IMPOSSIBILIDADE DE PRÁTICA DE ATOS SEXUAIS COM A MULHER QUE ESTÁ COM A CAPACIDADE DE DISCERNIMENTO REDUZIDA

Conforme explicado, vulnerável, nos termos do Código Penal, é o menor de catorze anos, que não tem o necessário discernimento para prática dos atos sexuais, assim como a pessoa de qualquer idade, portadora de enfermidade ou doença mental e aquela que esteja por qualquer causa impossibilitada de oferecer resistência. Nesse último caso, podem ser incluídas mulheres com capacidade de discernimento reduzida para consentir com atos sexuais sob efeito de álcool ou substâncias entorpecentes, como acima explicado.

Ademais, discernimento é a opção de discernir, apreciar, escolher. A proteção legal do vulnerável se refere ao necessário entendimento das consequências sociais, morais e físicas ao ter uma relação sexual. Além da escolha em se relacionar sexualmente, deve-se ter noção dos riscos (FUHRER, 2009, p. 54). Sendo assim, não é possível praticar atos sexuais com alguém nesse estado, uma vez que a vítima não possui capacidade de discernimento para consentir com o ato. Se houve consentimento nessas situações, em que a vítima não podia discernir, apreciar ou escolher, ele não é válido e o estupro de vulnerável é configurado.

Nesse sentido, quando o legislador se refere a vítima que por “qualquer outra causa não pode oferecer resistência” (além dos menores de catorze anos ou enfermos e deficientes mentais), ele prevê hipóteses como os casos de imobilização, idade avançada, sono, hipnose, embriaguez, entorpecentes, etc (PRADO, 2006, p. 681).

A partir disso, é possível notar que as hipóteses previstas na legislação não são taxativas. O legislador apenas se refere a “qualquer outra causa” que impede a vítima de oferecer resistência. Não há especificação do que seria “qualquer outra causa”. Sabe-se que o álcool, substâncias entorpecentes, sono, desmaios, etc. podem reduzir a capacidade de discernimento da vítima, fazedo com que sua capacidade de resistir diminua ou não exista. Portanto, as hipóteses supracitadas podem ser suficientes para tornar a vítima vulnerável, havendo caracterização do delito, por mais que essa vulnerabilidade seja momentânea.

Nesse sentido, especificamente acerca da embriaguez como causa impeditiva de oferecer resistência, Castro (CASTRO, 1942, p. 112) discursa que:

Em estado de embriaguez completa a mulher pode ser equiparada à idiota e à demente. As faculdades mentais estão profundamente perturbadas, a vontade abolida, não tem percepção clara do mundo externo, nem consciência dos atos que pratica. Nestas condições, quem dela abusa comete inquestionavelmente o crime de estupro. Por menos interessante que seja uma mulher em semelhante estado, diz Legrand Du Saulle, sem dúvida ela tem direito à proteção das leis.

Ainda se referindo à impossibilidade de oferecer resistência, o mesmo autor fala das reclusas, mulheres que estão sob o domínio da autoridade pública ou privada, recolhidas em casa de detenção, asilos, hospitais ou qualquer outro estabelecimento, no qual estejam impossibilitadas de resistir eficazmente devido ao medo das penas disciplinares ou outra forma de privação (CASTRO, 1942, p. 113).

Nessa linha de raciocínio, a vontade não exteriorizada no mundo objetivo, não será válida, não podendo considerar o consentimento interno, pois pode ocorrer de a vítima não demonstrar seu dissenso por medo. Nessas situações, o consentimento da vítima não é válido, pois o medo também é uma causa que impossibilita a resistência do ato (GRECO; RASSI, 2010, p. 104).

Nesses casos disposto no artigo 217-A, § 1º, do Código Penal, em que se refere a “qualquer outra causa” que impeça a vítima de oferecer resistência, a presunção de vulnerabilidade é relativa, devendo-se analisar se a vítima se encontrava em tal situação, não possuindo capacidade de discernimento para resistir ou consentir com atos sexuais (PRADO, 2006, p. 682).

Por conseguinte, é evidente que após grande quantidade de ingestão de bebida alcoólica ou de substâncias entorpecentes, por exemplo, a mulher não possui mais o entendimento necessário das consequências. Portanto, a capacidade de discernir, apreciar e escolher, está reduzida ou inexistente. Deste modo, ela é vulnerável e deve ser protegida pela legislação.

Esse respaldo legal é de grande importância e ele deve ser efetivo, uma vez que essa forma de estupro possui pouca visibilidade. O estupro de vulnerável nesse caso (quando a mulher está com a capacidade de discernimento reduzida para consentir com atos sexuais principalmente devido a ingestão de álcool ou substância entorpecente) não

está enquadrado no *rape script* explicado anteriormente, assim, frequentemente culpam a mulher pelo ocorrido, uma vez que ela se colocou nessa situação de vulnerabilidade. Entretanto, esse é um dos *rape myths*, também já explicados, pois gira em torno de uma culpabilização da vítima, da absolvição social e criminal do estuprador e de uma minimização ou racionalização da violência sexual (BORGES; LEMOS, 2017, p. 5).

## 2.3 QUANDO AMBAS AS PARTES ESTÃO COM A CAPACIDADE DE DISCERNIMENTO REDUZIDA PARA CONSENTIR COM ATOS SEXUAIS

Primeiramente cumpre destacar que crime, para a maior parte da doutrina, é uma conduta típica, antijurídica e culpável. Se um desses elementos (a tipicidade, antijuridicidade e culpabilidade) deixar de existir, a conduta não é considerada delituosa. Não é pertinente explorar cada um desses elementos, contudo, cabe dar mais atenção à culpabilidade, uma vez que a embriaguez, assunto deste trabalho, pode atingi-la.

Bitencourt, em seu livro Tratado de Direito Penal Parte 1 (2011, p. 169), define culpabilidade como uma “reprovação pessoal contra o agente do fato fundamentando-se na não omissão da ação contrária ao Direito ainda e quando podia havê-la omitido, pois dele se espera uma motivação concorde com a norma legal”. Por sua vez, Welzel (1970, p. 216) afirma que culpabilidade é a reprovabilidade da configuração da vontade. Assim, “toda culpabilidade é culpabilidade de vontade, ou seja, somente se pode reprovar ao agente, como culpabilidade, aquilo a respeito do qual pode agir voluntariamente” (BITENCOURT, 2011, p. 170). Como já explicado, quando a capacidade de discernimento do indivíduo está reduzida, ele muitas vezes não age com consentimento, ou seja, não age voluntariamente.

Ademais, cabe destacar que a culpabilidade é formada por três elementos: a imputabilidade, a possibilidade de conhecimento de ilicitude do ato e exigibilidade de obediência ao direito (BITENCOURT, 2011, p. 170). Novamente, se um desses elementos não estiver presente, não há de se falar em culpabilidade, logo, não há crime. Assim, se o sujeito é inimputável, não possui conhecimento da ilicitude do ato ou lhe é

exigível conduta diversa da exigida pelo direito, ele não pode cometer crime nessas circunstâncias. Dentre esses elementos, é importante para esse trabalho a imputabilidade, pois é ela que é atingida quando a capacidade de discernimento do agente está reduzida.

A imputabilidade é a capacidade para se ser culpável. O núcleo da culpabilidade se centraliza nas condições de atribuíbilidade do injusto, que se aproximam da ideia do “poder atuar de outro modo”. Assim, sem imputabilidade o sujeito não tem liberdade para comportar-se de outro modo, e não sendo capaz de culpabilidade é, portanto, inculpável (BITENCOURT, 2011, p. 171). Welzel (1964, p. 100), no mesmo sentido, sustenta que a culpabilidade é a reprovabilidade do fato antijurídico individual, e o que se reprova é a resolução de vontade antijurídica em relação ao fato individual. Por conseguinte, a culpabilidade tem como base a capacidade de livre autodeterminação, o poder ou faculdade do agente agir de modo distinto de como atuou.

Sobre inimputabilidade, ensina Bitencourt (2011, p. 178):

Pode-se afirmar, de uma forma genérica, que estará presente a imputabilidade, sob a ótica do Direito Penal Brasileiro, toda vez que o agente apresentar condições de normalidade e maturidade psíquica mínimas para que possa ser considerado como sujeito capaz de ser motivado pelos mandados e proibições normativos. A falta de sanidade mental ou a falta de maturidade mental podem levar ao reconhecimento da inimputabilidade, pela incapacidade de culpabilidade. Podem levar, dizemos, porque a ausência de sanidade mental ou de maturidade mental constitui um dos aspectos caracterizadores da inimputabilidade, que ainda necessita de sua consequência, isto é, do aspecto psicológico, qual seja, a capacidade de entender ou de autodeterminar-se de acordo com esse entendimento.

Nota-se, portanto, que se o agente não conseguir discernir sobre o fato, ele pode ser considerado inimputável. A inimputabilidade pode ser configurada pela menoridade, por doença mental ou desenvolvimento mental incompleto ou retardado ou por situações em que a culpabilidade é diminuída (nesse caso, a saúde mental é afetada, mas não excluída) (BITENCOURT, 2011, p. 180).

O Código Penal trata da inimputabilidade no artigo 26 e seguintes. Está disposto na lei que é isento da pena o agente que, por doença mental ou desenvolvimento mental incompleto ou retardado, era, ao tempo da ação ou da omissão, inteiramente incapaz de entender o caráter ilícito do fato ou de determinar-se de acordo com esse entendimento.

No caso de o agente não ser inteiramente capaz de entender o caráter ilícito do fato ou de determinar-se de acordo com esse entendimento, em virtude de perturbação de saúde mental ou por desenvolvimento mental incompleto ou retardado, a pena poderá ser reduzida. Ainda, está estabelecido que menores de dezoito anos são penalmente inimputáveis, ficando sujeitos às normas estabelecidas na legislação especial. Ademais, está posto que não excluem a imputabilidade penal a emoção ou paixão, tampouco a embriaguez voluntária ou culposa (por álcool ou substâncias de efeitos análogos).

Os parágrafos do artigo 28 do Código Penal fixam sobre a isenção ou diminuição da pena no caso de embriaguez. Se o agente ao tempo da ação ou omissão era inteiramente incapaz de entender o caráter ilícito do fato ou de determinar-se de acordo com esse entendimento, devido a embriaguez completa proveniente de caso fortuito ou força maior, ele é isento da pena. Da mesma forma, a pena pode ser reduzida se, nessas condições, o agente não possuía, ao tempo da ação ou omissão, plena capacidade de discernimento sobre o fato.

Dos fatores que tornam ou não o agente inimputável, nos interessa a embriaguez. Pode acontecer de ambas as partes que praticam o ato sexual estarem com a capacidade de discernimento reduzida para consentir com esse ato. Nesse caso, questiona-se se há configuração do crime estupro de vulnerável. Será demonstrado que depende da situação, e que a comprovação de que houve ou não estupro de vulnerável é de extrema dificuldade, pois é árdua a verificação se a capacidade de discernimento estava reduzida ou era nula na situação para consentir com o ato sexual.

Dessarte, o Código Penal inclui a embriaguez como uma das causas biológicas que podem excluir ou diminuir a responsabilidade penal, desde que completa e acidental. Assim, mesmo que se no momento em que o agente cometa o delito ele esteja embriagado a ponto de não poder entender a situação ou auto determinar-se, sendo inimputável, se ele se colocou nessa situação voluntariamente, ou seja, se foi uma situação planejada, ele é responsável penalmente, pois ele era imputável no momento em que deu início ao processo causal que, de maneira previsível, poderia resultar no delito (BITENCOURT, 2011, p. 184).

Sobre o assunto, Bitencourt (2011, p. 14) ensina que

Para que a valoração desses supostos não constitua uma arbitrária violação do princípio da culpabilidade, é necessário estabelecer uma relação entre os atos praticados antes do estado de inimputabilidade e o resultado típico finalmente produzido. Essa relação se estabelece quando o agente coloca-se voluntariamente em estado de inimputabilidade que representa um risco não permitido para o bem jurídico, que é, previsivelmente, adequado para a produção do resultado típico.

O autor ainda sustenta que se o dolo não é contemporâneo à ação típica, é, pelo menos, contemporâneo ao início da série causal de eventos, que se encerra com o resultado danoso. Como o dolo é coincidente com o primeiro elo da série causal, o agente deve responder pelo resultado que produzir. Ocorrendo a embriaguez não accidental (intencional ou culposa), deve-se analisar o caso concreto, a fim de verificar se o agente é capaz de culpabilidade (BITENCOURT, 2011, p. 184).

Segundo o Código Penal, a embriaguez pode ser não accidental (voluntária ou culposa), accidental ou pré ordenada. No caso de ser não accidental, não se exclui a culpabilidade, pois o agente ingere bebida alcóolica com a intenção de embriagar-se (dolosa) ou sem essa intenção, porém o faz de maneira imprudentemente excessiva (culposa), em ambos os casos o sujeito ingere álcool voluntariamente.

Sendo accidental, pode ser proveniente de caso fortuito ou força maior. Se no momento do delito o agente era inteiramente incapaz de entender o caráter do ilícito do fato ou de auto determinar-se de acordo com esse entendimento (inimputável), por embriaguez completa proveniente de caso fortuito ou força maior, ele é isento da pena. Se, nessa situação, o agente não era inteiramente incapaz, mas ainda assim não possuía a plena capacidade de entendimento (semi imputável), a pena pode ser reduzida.

Sobre caso fortuito e força maior:

Caso fortuito ocorre quando o agente ignora a natureza tóxica do que está ingerindo, ou não tem condições de prever que determinada substância, na quantidade ingerida, ou nas circunstâncias em que o faz, poderá provocar a embriaguez. Força maior é algo que independe do controle ou da vontade do agente. Ele sabe o que está acontecendo, mas não consegue evitar. Exemplo de força maior seria a coação, onde o sujeito é forçado a ingerir uma substância tóxica de qualquer natureza (BITENCOURT, 2011, p. 184):



No caso fortuito não se evita o resultado porque é imprevisível; na força maior, mesmo que seja previsível e até previsto, o resultado é inevitável, exatamente em razão da força maior (GARCIA, 1982, p. 383).

Por fim, a embriaguez pré ordenada aquela em que o agente deliberadamente se embriaga para praticar a conduta delituosa, fortalecendo sua coragem. Ou seja, o sujeito tem a intenção de embriagar-se e de cometer o fato criminoso. O agente coloca o estado de embriaguez como o primeiro momento da realização do fato típico. Nesse caso, não há dúvida quanto à preordenação criminosa e à punibilidade, sendo, ademais, a pena agravada, em razão da maior censurabilidade da conduta, de acordo com o artigo 61, II, I, do Código Penal (BITENCOURT, 2011, p. 186).

Pode-se se falar, ainda, da embriaguez habitual e da embriaguez patológica. A embriaguez habitual é aquela representada pelo alcoolismo agudo. Já a patológica é manifesta-se em pessoas predispostas, e assemelha-se a psicose, devendo ser tratada, juridicamente, como doença mental, nos termos do artigo 26, parágrafo único do Código Penal, podendo o agente ser considerado inimputável ou semi imputável (BRUNO, 1967, p. 158).

Nas hipóteses acima tratadas de inimputabilidade, a consequência será a absolvição, com aplicação de medida de segurança, e nas de semi imputabilidade, a consequência será a aplicação da pena reduzida (BITENCOURT, 2011, p. 186).

A partir disso, entende-se que se o agente com a capacidade de discernimento reduzida para consentir com a prática de ato sexual realiza o ato com alguém no mesmo estado, estando esse agente completamente embriagado, devido a caso fortuito ou força maior, e sem capacidade de entendimento do fato ilícito e de autodeterminar-se, não há configuração de estupro.

Nessa linha, Nucci (2009, p. 41) defende que

Se o agente, completamente embriagado, sem discernimento, tem conjunção carnal com uma mulher, igualmente embriagada por completo, sem discernimento, num local de diversão pública qualquer, inexistente estupro. Desaparece qualquer ranço de violência, pois não há vulnerável a tutelar.

Destarte, é necessário verificar casuisticamente se foi exatamente isso que ocorreu. Não se deve correr o risco de utilizar a embriaguez como justificativa de um estupro, pois frequentemente se utiliza a vulnerabilidade do estuprador como justificativa para seus atos e a vulnerabilidade da vítima para culpá-la pelo que ocorreu. Sabe-se que é usual em festas, principalmente no ambiente universitário, o incentivo às mulheres para ingerirem álcool ou substâncias entorpecentes, a fim de que seja mais fácil conseguir algo com elas, em outras palavras, pretende-se facilitar o abuso. Lamentavelmente isso está enraizado social e culturalmente, chegando a se tornar algo normal.

Portanto, o caso em que ocorre prática de ato sexual com alguém que está com a capacidade de discernimento reduzida para consentir com o tal, deve ser analisada cuidadosamente, não permitindo que a embriaguez do agente seja desculpa para isentá-lo de sua responsabilidade. O estuprador deve arcar com as consequências e ter ciência da gravidade de seus atos, para que assim comportamentos semelhantes sejam desestimulados, uma vez que se sabe que haverá responsabilização dos fatos. Dessa forma, a vítima se sentirá mais segura e confortável para denunciar esses ocorridos e para falar sobre o assunto, sem que a culpa recaia sobre ela e sem que ela seja vitimizada mais de uma vez.

### 3 PUNIBILIDADE NOS CASOS DE ESTUPRO DE VULNERÁVEL E SUA APLICAÇÃO

Ainda que o combate à violência contra a mulher seja uma das preocupações atuais, refletindo em ações de movimentos sociais, em políticas estatais e em discussões

e pesquisas acadêmicas, altos são os índices desta violência que é reflexo da dominação masculina naturalizada nas sociedades ocidentais, entre elas a brasileira.

Como bem pontuado por Borges e Lucchesi (2015, p. 21):

As agressões perpetradas por questões de gênero são fenômenos complexos e certamente não serão evitadas por medidas pensadas dentro da ordem masculina que organiza nossas estruturas sociais. Até o momento, não se conseguiu escapar desta armadilha cognitiva, e tem-se buscado resolver o problema a partir da criminalização do homem agressor, que tem sido punido severamente e, num segundo plano, tem se vitimizado a mulher com políticas estatais paternalistas de assistência à agredida; isto é, tem-se buscado soluções masculinas para um problema criado justamente pela dominação masculina.

Apesar das várias correntes feministas no Brasil, que problematizam o conceito de gênero e sexo e seus efeitos opressivos, a institucionalização desses discursos ocorreu por meio da adoção de políticas estatais fundadas na vitimização da mulher, que combatem a violência retirando da mulher a autonomia para impedi-la e criminalizando o agressor (BORGES; LUCCHESI, 2015, p. 229).

O marco dessas políticas foi a promulgação da Lei Maria da Penha (BRASIL, 2006), que excluiu os crimes praticados mediante violência doméstica contra a mulher do rol de infrações de menor potencial ofensivo, tornando o processo nesses casos de violência mais sério e burocrático, dificultando, teoricamente, a impunidade do agressor (BORGES; LUCCHESI, 2015, p. 230).

Muitos foram os recursos linguísticos utilizados na Lei para fazer com que a mulher não fosse considerada objeto da violência: de “mulheres vítimas de violência” para “mulheres em situação de violência”, por exemplo (CAMPOS; CARVALHO, 2011, p. 146). Todavia, essa estratégia não impediu que a mulher fosse tratada como objeto da violência, incapaz de ser protagonista nas ações dirigidas a cessar a agressão (seja ela sexual, doméstica ou outra). Tampouco houve mudanças da naturalização da dominação masculina e da violência de gênero. Assim sendo, a lei representa o chamado “direito penal simbólico” pelos penalistas, que serve, na realidade, como uma resposta à sociedade sobre determinadas condutas, que passam a ser criminalizadas, a fim de demonstrar que o legislador atende às demandas sociais, mesmo que essas normas não sejam corretamente aplicadas, fazendo com que sua promulgação produza apenas efeitos simbólicos de segurança no imaginário social (CANCIO MELIÁ, 2008, p. 57-60).

As considerações acima se aplicam também a Lei do Feminicídio (BRASIL, 2015), que criminalizou determinadas condutas de maneira mais severa, com o objetivo de

atender os anseios sociais, sem, contudo, resolver de fato o problema de violência de gênero.

Essas leis não foram capazes de estabelecer mudanças na cultura que sustenta a dominação masculina na sociedade que estamos inseridos. De acordo com pesquisas realizadas pelo Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada (2014), com o objetivo de apurar as percepções brasileiras sobre temas referentes à violência contra a mulher, constatou-se que grande parte da população pensa que “se as mulheres soubessem se comportar, haveria menos estupros”, “casos de violência dentro de casa devem ser discutidos somente entre membros da família”, “roupa suja deve se lavar em casa”, “em briga de marido e mulher não se mete a colher”, “os homens devem ser o cabeça do lar”, “toda mulher sonha em se casar”, “tem mulher que é para casar e tem mulher que é para cama”, “mulher que é agredida e continua com o parceiro gosta de apanhar”, entre outros (BORGES; LUCCHESI, 2015, p. 231).

Entretanto, como bem explicado pela autora Borges e pelo autor Lucchesi (2015, p. 231):

Essas legislações foram responsáveis por dar visibilidade à violência sofrida pela mulher no ambiente secreto de seu lar e nas relações privadas; neste aspecto representam inclusive conquistas feministas pela igualdade de gênero, assim como demonstram a efetiva participação das mulheres no cenário político.

Destarte, nota-se que embora as normas não apresentem muitas soluções práticas e imediatas, elas contribuem para um debate teórico que pode resultar em medidas importantes para o combate à violência contra a mulher.

Desse modo, constata-se que a cultura que perpetua a dominação masculina é muito naturalizada em nossa sociedade, acredita-se na existência natural de papéis estabelecidos para os gêneros masculinos e feminino, sendo esse pensamento bastante sedimentado no imaginário social (BORGES; LUCCHESI, 2015, p. 232).

De acordo com o sociólogo Bourdieu (2014, p. 21), a divisão entre os sexos parece estar na ordem das coisas, como algo normal, natural e inevitável. O autor sustenta que a força da ordem masculina não necessita de justificção ou discurso para legitimá-la. Por conseguinte, a ordem social funciona como uma máquina simbólica que afirma e reafirma a dominação masculina, sendo isso percebido na divisão do trabalho, nas atividades atribuídas a cada um dos dois sexos, na estrutura do espaço, e em outras áreas (BOURDIEU, 2014, p. 24).

Nesse sentido, é possível afirmar que a violência física contra a mulher é reflexo da dominação masculina em estado puro, uma vez que afirma a virilidade, que por sua vez, funda a superioridade do homem no discurso da construção social dos sexos. Entrementes, esse discurso não é muito tolerado, pois denuncia o assujeitamento feminino, colocando em risco a manutenção dessa ordem masculina. Por outro lado, tolera-se, facilitando sua propagação, a violência psicológica, eficaz para estabelecer a submissão, pois, de acordo com Bourdieu (2014, p. 27):

Os dominados aplicam àquilo que os domina esquemas que são produto da dominação, ou, em outros termos, quando seus pensamentos e suas percepções estão estruturados de conformidade com as estruturas mesmas da relação que lhes é imposta, seus atos de conhecimento são, inevitavelmente, atos de reconhecimento, de submissão.

A partir das constatações feitas, de que a dominação masculina permeia estruturas sociais objetivas e estruturas cognitivas, pode-se concluir o porquê de as leis que visam proteger a mulher violentada não serem eficazes na diminuição dos índices de agressões de homens contra mulheres ou na alteração das percepções machistas (BORGES; LUCCHESI, 2015, p. 234).

Nessa linha, é correto sustentar que

Ao colocarem o machismo no banco dos réus, as feministas apresentaram soluções masculinas para a violência de gênero, pois acabam vitimizando e fragilizando ainda mais as mulheres, bem como estabeleceram uma violência maior aos agressores do que a por eles perpetrada; afinal tem-se conhecimento dos rituais estigmatizantes do processo penal, da falência do sistema penal brasileiro, das condições subumanas do cárcere a que são submetidos os condenados à reclusão em regime fechado (BORGES; LUCCHESI, 2015, p.234)

Assim, apesar das conquistas políticas através de uma legislação que protege as mulheres, não foi possível escapar da armadilha revelada por Pierre Bourdieu (2014, p. 17), pois, uma vez que estamos incluídos numa sociedade patriarcal, incorporamos essa percepção de uma ordem masculina, “o que nos leva a pensar a dominação masculina e formas de subvertê-las de modos de pensamento que são produto da própria dominação” (BORGES, LUCCHESI, 2015, p. 235).

Desta forma, nota-se que o sistema que visa punir os casos de violência contra a mulher, incluindo estupros de vulneráveis, é na realidade machista e acaba não atendendo à necessidade das vítimas dessas violências, que são duplamente vitimizadas. Por isso, é tão difícil para a vítima levar um processo legal adiante, em vista das barreiras impostas pelo próprio sistema. Esse sistema não confere credibilidade à palavra da

vítima, não a deixa segura para expor o ocorrido, tampouco falar sobre. Se se pretende dar uma resposta ao crime, essa resposta é apenas a punitiva e simbólica, preocupa-se com o autor do delito e não com a mulher violentada, não há mecanismos para ajudar a vítima a lidar com o crime da maneira correta.

### 3.1 PUNIÇÃO LEGAL

No crime de estupro de vulnerável, o bem jurídico protegido é a dignidade sexual do menor de catorze anos, do enfermo ou deficiente mental que tenha dificuldade em discernir a prática do ato sexual e daquele que por qualquer outra causa não possa oferecer resistência. Nos crimes dos outros capítulos, do mesmo Título, a dignidade sexual é o bem jurídico mediato, pois cada tipo tem seu próprio bem jurídico imediato. Nos crimes sexuais contra vulneráveis não há de se falar em liberdade sexual como bem jurídico protegido, pois nesses casos não há plena disponibilidade do exercício dessa liberdade, que é o que caracteriza sua vulnerabilidade. A criminalização da conduta disposta no artigo 217-A do Código Penal procura proteger o estado mental do vulnerável para que, quando não esteja mais vulnerável, possa decidir livremente e sem traumas psicológicos seu comportamento sexual (BITENCOURT, 2012, p. 222).

O sujeito ativo do crime de estupro de vulnerável pode ser qualquer pessoa: homem ou mulher, contra pessoa de sexo diferente ou do mesmo sexo. O estupro de adulto, coautoria e participação em sentido estrito são possíveis, mesmo contra vítimas do mesmo sexo dos autores ou partícipes. Se o agente é ascendente, padrasto, madrasta, irmão, enteado, cônjuge, companheiro, tutor ou curador, preceptor ou empregador da vítima, ou se assumiu, por lei ou outra forma, obrigação de cuidado, proteção ou vigilância, a pena é aumentada de metade, de acordo com o artigo 226, II, do Código Penal (BITENCOURT, 2012, p. 223). Ou seja, se o agente abusa de seu poder ou da confiança que a vítima tem, a punição é mais severa.

Da mesma forma, o sujeito passivo pode ser qualquer um, desde que apresente a condição de vulnerabilidade exigida pelo tipo penal: seja pela menoridade de catorze anos, seja por apresentar enfermidade ou deficiência mental que não permita o

necessário discernimento para a prática do ato ou seja por qualquer outra causa que impeça a vítima de oferecer resistência (BITENCOURT, 2012. p. 223).

O estupro de vulnerável é um crime comum, ou seja, não exige qualidade especial do sujeito ativo, o fato de somente alguém vulnerável poder ser sujeito passivo não o qualifica como crime próprio. Além disso, é um crime material, pois transforma o mundo exterior deixando vestígios. Também é doloso, de forma livre, podendo ser praticado por qualquer forma ou meio eleito pelo sujeito ativo. Ademais, é comissivo, pois implica a prática de uma ação, e instantâneo, uma vez que a consumação não se alonga no tempo, configurando-se em momento determinado. Outrossim, é unissubjetivo, podendo ser cometido por uma única pessoa, e plurissubsistente, já que a conduta pode ser desdobrada em vários atos (BITENCOURT, 2012, p. 243).

O crime em exame, na modalidade “constranger à conjunção carnal”, consuma-se com a introdução do órgão genital masculino na vagina da vítima. Na modalidade “praticar ou permitir a prática de outro ato libidinoso” consuma-se com a efetiva realização ou execução do ato libidinoso diverso da conjunção carnal. Outrossim, é admissível, doutrinariamente, a tentativa, apesar da dificuldade prática de sua constatação. Assim, há tentativa quando o agente, iniciando a execução, é interrompido pela reação eficaz da vítima ou intervenção de terceiro, mesmo que não tenha havido contato íntimo. No estupro, por sua natureza de crime complexo, a primeira ação, ou seja, a violência ou grave ameaça, constitui início de execução, pois está dentro do próprio tipo, como sua circunstância elementar. Deste modo, “para ocorrência da tentativa basta que o agente tenha empregado violência contra a vítima, com o fim inequívoco de constrangê-la à prática da relação sexual, em qualquer de suas modalidades” (BITENCOURT, 2012, p. 241 e 242).

A pena determinada no *caput* do artigo 217-A do Código Penal é, isoladamente, reclusão, de oito a quinze anos. Se resultar em lesão corporal de natureza grave, a pena será reclusão de dez a vinte anos, de acordo com o parágrafo terceiro do mesmo artigo. Se da conduta do agente decorrer a morte da vítima, a reclusão é aumentada de doze a trinta anos, conforme disposto no parágrafo quarto do artigo em questão.

Nessas qualificadoras, que só podem decorrer de violência empregada, o maior desvalor do resultado, morte ou lesão grave, é real e não presumido. Essas hipóteses do dispositivo em questão caracterizam condições de exasperação da punibilidade devido à maior gravidade do resultado. Comparando o artigo com outras previsões semelhantes no Código Penal, como os artigos 157, §3º e 158, §§2º e 3º (“se da violência resulta lesão corporal grave” ou “se resulta morte”), o legislador pretendeu criar duas figuras de crimes qualificados pelo resultado, para alguns, crimes preterdoloso para outros (BITENCOURT, 2012, p. 239).

Sobre o assunto, sustenta Bitencourt (2012, p. 240):

A exemplo do que ocorre com a lesão corporal seguida de morte (art. 129, §3º), esta, a morte, em princípio, deve decorrer de culpa. Com efeito, normalmente, o resultado mais grave - lesão ou morte - é produto de culpa (e não meio de execução do crime), que complementaria a conhecida figura do crime preterdoloso - dolo no antecedente e culpa no consequente, como a doutrina gosta de definir. A regra, repetindo, é que, nesses crimes, o resultado agravador seja sempre produto de culpa. Contudo, nas hipóteses em apreço, a extrema gravidade das sanções cominadas (máximo de doze e trinta anos, respectivamente) leva-nos a admitir a possibilidade de o resultado agravador (lesão grave ou morte) poder decorrer tanto de culpa quanto de dolo, para evitarmos uma situação paradoxal.

Deste modo, se o agente houver querido ou assumido o risco da produção do resultado mais grave, as previsões dos parágrafos terceiro e quarto do artigo 217-A do Código Penal não deveriam ser aplicadas, teoricamente. Nessa hipótese haveria concurso material ou formal impróprio de crimes, dependendo das circunstâncias (o de natureza sexual ou o resultante de violência - lesão grave ou morte). No entanto, se houver concurso de crimes dolosos, a soma das penas poderá ser menor do que as da figuras qualificadas, resultado da desarmonia do sistema criada pelas reformas penais para isto. Consequentemente, para evitar esse paradoxo, é sugerido que as qualificadoras dos parágrafos em questão devem ser aplicadas, mesmo que o resultado mais grave decorra de dolo, sendo essa a interpretação mais recomendada, observando-se o princípio da razoabilidade (BITENCOURT, 2012, p. 240).

Observa-se que é indiferente que o resultado mais grave seja voluntário ou não. Desde que esse resultado não decorra de caso fortuito ou força maior, ou seja, desde que haja pelo menos culpa, a agravação da punibilidade se justifica.



Além disso, há as majorantes especiais estabelecidas no artigo 226 do Código Penal: de quarta parte, na hipótese do inciso I (se o crime é cometido com o concurso de duas ou mais pessoas), e de metade, se o agente se enquadra em uma das hipóteses relacionadas ao inciso II (se o agente é ascendente, padrasto ou madrasta, tio, irmão, cônjuge, companheiro, tutor, curador, preceptor ou empregador da vítima ou por qualquer outro título tem autoridade sobre ela).

Ainda, estipula-se um aumento da metade da pena nos casos de gravidez e de um sexto até a metade nos casos em que há transmissão de doença sexualmente transmissível que o autor saiba ou deveria saber, segundo o artigo 234-A, do Código Penal.

Entrementes, como bem colocado por Greco (2013), são normais as gravidezes decorrentes por concepção violentas, portanto, em face do aborto humanitário e em respeito à dignidade da gestante, o artigo 128, II, do Código Penal ampara a interrupção de gravidez nestes casos.

A Lei 8.072 de 1990 que trata dos crimes hediondos, insere em seu artigo 1º, inciso V, a previsão da natureza hedionda do crime de estupro (artigo 213, *caput*, do Código Penal). Prevvia também sua combinação com o artigo 223, *caput*, do Código Penal, entretanto, a Lei nº 12.015 de 2009 revogou os artigos 214, 223 e 224 do Código Penal e inseriu no então inciso V, os parágrafos primeiro e segundo no artigo 213, e também o inciso sexto ao citado artigo 1º, incluindo também o estupro de vulnerável, em todas as suas modalidades como crime hediondo. Neste sentido, o professor Nunes (2016, p. 12) afirma que “a doutrina tem discutido sobre a aplicação da hediondez de forma igualitária no crime de estupro e estupro de vulnerável, levando em consideração o desvalor da conduta praticada, devendo ser analisado cada caso concreto”.

Ainda, de acordo com Bitencourt (2012, p. 244), é inaplicável a aplicação da majoração de metade da pena determinada pelo artigo 9º da Lei dos Crimes Hediondos, pois não há previsão legal.

A punibilidade aqui explicada é a que está disposta na legislação e que, em teoria, deveria ser aplicada em casos de estupro de vulnerável. Entretanto, será

demonstrado a seguir que na prática não há aplicação correta das normas. A punição social é muito diferente da legal. O processo estabelecido pela Código não é corretamente seguido. Socialmente, com frequência, pune-se a vítima e não o agressor, principalmente quando se foge do *rape script*. Há, geralmente, uma justificativa estabelecida por parâmetros sociais e embasadas nos *rape myths* para que a punição legal não seja aplicada ao estuprador. Por isso é necessário desconstruir esses mitos e garantir um processo justo às vítimas, a fim de incentivar denúncias e debates sobre o assunto, e não o silenciamento, que é o que usualmente ocorre.

### 3.2 PUNIÇÃO SOCIAL

Sabe-se que o que está estabelecido na legislação nem sempre é aplicado na prática. Frequentemente é possível criar diferentes interpretações sobre uma lei, abrindo espaço para diferentes formas de julgamento. O estupro de vulnerável, estipulado no artigo 217-A, § 1º, do Código Penal, possui ampla possibilidade de interpretação. Quais são as enfermidades mencionadas? O que é considerado deficiência mental? E, principalmente, o que é qualquer outra causa que impede a vítima de oferecer resistência? Quem determina o que são esses conceitos? Será demonstrado que geralmente essas lacunas são desfavoráveis à vítima que possuía capacidade de discernimento reduzida devido a embriaguez, uma vez que, através de mitos e preconceitos, cria-se justificativas para essa forma de violência. Assim, será possível constatar que a punição legal e o procedimento judicial teórico são muito diferentes da punição social e do processo jurídico na prática.

A sociedade, muitas vezes, não considera essa forma de violência (contra a mulher que não possui capacidade de discernimento para consentir com atos sexuais devido a ingestão de álcool ou substâncias entorpecentes) um estupro. Justificam o ato do agressor pelo comportamento da vítima, muitas vezes punindo a própria mulher que se encontrava em estado de vulnerabilidade no momento do ato.

A partir disso, nota-se que os crimes sexuais são sigilosos, por envolver, do ponto de vista da vítima, sentimentos como vergonha, culpa, medo e dor. Elas têm medo do tratamento policial e jurídico, da exposição pública, da sanção social e da perda de status. Desde sempre as mulheres são ensinadas a calar sobre a violência sexual e a lidar com a vergonha e a dor em silêncio, e esse treinamento social é alcançado através dos discursos que cercam, representam e constroem os crimes sexuais. Do mesmo modo, ao internalizar valores e papéis estereotípicos femininos em circulação em discursos públicos e privados (como a passividade, submissão, cuidado com os outros, adaptação às necessidades masculinas, solicitude, etc), as mulheres são também treinadas a muitas vezes ceder ao sexo quando não desejam e silenciar sobre a violência ocorrida (KITZINGER, 1999). Acredita-se que isso ocorre porque, além desse comportamento/treinamento imposto, as vítimas observam como a sociedade trata outras mulheres sem situações semelhantes (que se encontravam embriagadas ou sob efeito de drogas no momento do estupro) e acham que o melhor e o correto é esconder o ocorrido.

Assim, a parcialidade baseada na diferença sexual exerce grande influência sobre o índice de denúncias, de julgamentos e de condenações por estupro. Ainda, os preconceitos, mitos e estereótipos que sustentam e justificam as práticas sociais e os procedimentos policiais e jurídicos em relação ao estupro são refletidos, incorporados e recontextualizados nas sentenças em casos de estupro. O tratamento policial e judicial dado às mulheres que denunciam o estupro revela a presença de sexismo, discriminação e estereótipos sobre homens, mulheres e relações de gênero (FIGUEIREDO, 2014, p. 143).

Tal como os discursos sociais, a legislação e a jurisprudência incorporaram mitos, estereótipos e ideologias sobre sexualidade e relações de gênero. Da mesma forma, isso é observado nas práticas dos operadores do Direito, como advogados, promotores, juízes e outros. Ou seja, há um reflexo das práticas sociais nas práticas discursivas jurídicas, e vice-versa. Visões culturais e ideológicas das relações de gênero influenciam as interações e o discurso judicial, que, por sua vez, constroem e reforçam noções do senso

comum sobre as formas “corretas” e “aceitáveis” de comportamento social e sexual (EDWARDS, 1996).

Nos julgamentos de estupro, são profissionais em posições privilegiadas e de muito poder, como psicólogos, psiquiatras, advogados e juízes, que avaliam os crimes sexuais. Assim, deve-se questionar se esses profissionais protegem os direitos dos vulneráveis (FIGUEIREDO, 2014, p. 145).

Observa-se que o grau de responsabilidade atribuído ao agressor sexual depende apenas parcialmente de suas ações. A punição legal e culpabilização estão ligadas à forma como as ações do agressor e da vítima são representadas linguisticamente nos textos jurídicos, que por sua vez refletem, reproduzem e reconstroem outros discursos profissionais e públicos sobre a violência de gênero (FIGUEIREDO, 2014, p. 145).

Uma das noções mais prejudiciais das decisões judiciais é que o estupro, principalmente o de vulnerável, é motivado pelas necessidades sexuais do agressor, somadas ao comportamento da vítima. Entretanto, não é sensato justificar o estupro com os impulsos e necessidades masculinas, uma vez que as vítimas desses crimes são majoritariamente mulheres, crianças ou pessoas com algum tipo de deficiência/incapacidade. Ora, se a causa dos crimes sexuais fossem o desejo masculino incontrolável, as vítimas não seriam em sua maioria os vulneráveis, mas qualquer pessoa que estivesse por perto, inclusive os homens, o que não é o caso (FIGUEIREDO, 2014, p. 145 e 146).

Nesse sentido, como apontado pela pesquisa de opinião realizado pelo IPEA (Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada) sobre a tolerância social à violência contra mulheres, o “apetite sexual incontrolado” dos homens é com frequência usado como justificativa e apontado como causa da violência de gênero (BRASIL, 2014, p. 23):

A culpabilização da mulher pela violência sexual é ainda mais evidente na alta concordância com a ideia de que “se as mulheres soubessem como se comportar, haveria menos estupros” (58,5%). Por trás da afirmação, está a noção de que os homens não conseguem controlar seus apetites sexuais; então, as mulheres, que os provocam, é que deveriam saber se comportar, e não os estupradores. A violência parece surgir, aqui, também, como um correção. A mulher merece e deve ser estuprada para aprender a se comportar. O acesso dos homens ao corpo das mulheres é livre se elas não impuserem barreiras, como se comportar e se vestir “adequadamente”

Através dessa pesquisa, que reflete a opinião da sociedade, é possível constatar o motivo de as mulheres que foram estupradas em momento de vulnerabilidade, por ingestão de álcool, que não possuíam capacidade de resistir, tampouco de consentir, não denunciarem o ato. Elas sentem vergonha e medo do julgamento social. Como demonstrando, muitos acham que se uma mulher apresentou determinado comportamento (como embriaguez), ela merecia ser estuprada. Assim, no lugar de ter uma punição do agressor, há na realidade, punição social da vítima, fazendo com que ela se sinta recuada a falar sobre o acontecimento, e por isso, acaba silenciando.

Cumprе salientar que o estupro, principalmente de vulneráveis, não envolve apenas sexo, mas sexo como forma de expressar poder, dominação e treinamento. Assim, o comportamento violento é unilateral, e não um conjunto ou mútuo, pois envolve ações de um indivíduo contrárias aos desejos e ao bem-estar de um outro. Contudo, esse ato violento não é visto dessa forma pelos juizes, já que frequentemente eles representam as agressões sexuais como atos eróticos, românticos ou afetivos, descrevem como “relação sexual” e os contatos físicos forçados como “carícias”. Como bem colocado pelos autores Coates e Wade (2004, p. 501), o uso de uma linguagem “que descreve o comportamento violento como mútuo implica que a vítima é ao menos parcialmente culpada e inevitavelmente mascara o fato de que o comportamento violento é unilateral e de responsabilidade exclusiva do agressor”.

Nessa linha de pensamento, sustenta Adler (1987):

Essa noção serve de base para uma série de preconceitos, tanto sobre a vítima quanto sobre o agressor. Enquanto o estupro for encarado como um ato sexual e não como um ato de agressão e hostilidade, ele continuará a ser tratado como algo predominantemente prazeroso para ambas as partes, e não como algo danoso para as mulheres.

Ainda, além da agressão ser descrita como algo erótico e prazeroso, muitos agressores tentam fugir da responsabilidade penal escamoteando a natureza deliberada de suas ações e atribuindo seu comportamento violento a forças externas (como o uso de álcool e de drogas). No discurso dos julgamentos de estupro, o uso de formas de atribuição que descrevem a causa da agressão sexual como não violenta está diretamente ligado a sentenças mais leves e curtas (FIGUEIREDO, 2000).

Assim, nota-se que o estupro está enraizado na agressão e no desejo de dominação, dos mais fortes sobre os mais vulneráveis (MCLEAN, 1988, p. 205), e é justamente isso que os operadores de direito devem entender e reproduzir: no núcleo do estupro estão a violência e o desejo de dominação, o abuso sexual é uma arma usada pelo agressor para infligir à vítima uma camada de ofensa, dor e humilhação (FIGUEIREDO, 2014, p. 148). Se isso fosse compreendido pelos juízes e também pela sociedade, a punição prática e social dos agressores seria mais efetiva e a vítima não seria mais responsabilizada por algo que não tem culpa.

Isso ocorre porque há posições desiguais de poder: no momento do estupro de vulnerável em questão, por exemplo, o agressor tem poder sobre a mulher sem capacidade de discernimento para consentir ou resistir ao ato sexual. McLean (198, p. 205) argumenta que “aparentemente é a falta de poder (em termos políticos, sociais, sexuais ou físicos) que torna certas pessoas alvos de abuso”.

Dessa forma, o discurso é importante no controle da sexualidade. Foucault (1984) argumenta que as proibições, exclusões e limitações legais sobre a sexualidade estão ligadas a certas práticas discursivas. Assim, o controle do comportamento sexual feminino ocorre através de proibições e regulamentações sobre a sexualidade estabelecidas por práticas discursivas médicas e jurídicas (EDWARDS, 1981, p. 13). O modo como as mulheres percebem o fenômeno de violência de gênero e dos crimes sexuais tem impacto em seu comportamento social. Isso também é uma demonstração da punição social da vítima de abusos: ela deixa de frequentar certos lugares por medo de estupro, não usa determinadas roupas, não sai em certos horários. Ou seja, o temor de agressões sexuais circunscreve os modos de vida, o comportamento e as atividades sociais das mulheres (EDWARDS, 1991).

Antes observava-se nos discursos jurídicos críticas às mulheres que apresentavam, segundo os juízes, comportamentos imprudentes e um passado promíscuo (ADLER, 1987). Ainda hoje observa-se a propagação desses discursos nos julgamentos de casos de estupro, mesmo que de forma mais sutil: referem-se, muitas vezes, às mulheres estupradas como “provocativas” ou “imprudentes”. É observado que

os juízes apenas dão credibilidade à palavra da vítima que foi agredida de acordo com aquilo enquadrado no *rape script*: acreditam em sua história apenas se a mulher foi vítima de um estupro violento, no qual ela tentou resistir, se foi causado por um estranho, em um local isolado, em horário tardio. Se a vítima foge desse *rape script*, sua palavra é questionada e a culpa muitas vezes lhe é atribuída. Deste modo, observa-se outra forma de punição da vítima e não do agressor, uma vez que seu ato violento é justificado pelo comportamento da mulher.

Ademais, o discurso jurídico sobre o estupro apresenta grande preocupação com a sexualidade feminina (SMART, 1989). Como corretamente explicado por Figueiredo (2014, p. 149) “o sistema jurídico vê o corpo feminino e suas atividades como uma área de jurisdição legal”. A partir do surgimento das primeiras leis codificadas até o momento atual, os corpos das mulheres (particularmente em suas capacidades sexual e reprodutiva) têm sido objetos de regulamentação, controle e punição jurídicos (SMART, 1989). O discurso jurídico constrói o corpo feminino como doente, histérico e imoral. É possível constatar que o discurso dos julgamentos de estupro é pleno de noções estereotipadas sobre o comportamento sexual feminino, tais como a passividade e culpabilidade da mulher (EDWARDS, 1981).

Sobre o assunto, discursa Figueiredo (2014, p. 150):

Quando a vítima é retratada como uma mulher de “reputação duvidosa”, torna-se bastante difícil convencer os representantes da lei e os jurados de que ela não queria ter relações sexuais com o acusado, ou que o acusado comportou-se de forma incorreta.

Os demais traços da personalidade feminina são representados como subordinados (ou auxiliares) ao traço dominante (o comportamento sexual) ou, em casos de conflito são minimizados. O discurso jurídico sobre o estupro invoca com frequência mitos do imaginário popular sobre a mulher, tais como a boa mãe, a mulher casta, a mulher perdida, a mulher promíscua, a virgem, a esposa que perdoa, etc., criando um retrato feminino plano e unidimensional.

Ou seja, a forma que a situação de estupro é vista pelo sistema de justiça depende dessas construções mitológicas sobre a vítima. Anteriormente foi explicado sobre os *rape myths*, e nota-se que há grande influência desses mitos nas decisões judiciais. É possível, portanto, notar que se a mulher se encontrava em situação de vulnerabilidade no momento da violência sexual (por ingestão de álcool, por exemplo), ela foge do *rape script* e o julgamento legal será totalmente diferente do que seria o

julgamento de um estupro pensado pelo senso comum. Entretanto, mais penoso que o julgamento legal para a vítima, é o julgamento social, que a pune pelo ocorrido, fazendo com que ela sinta vergonha e humilhação, o que acaba desestimulando a denúncia desses delitos e debates sobre o assunto, que são de fundamental importância na atual conjuntura social e cultural.

### 3.3 MEDIDAS PARA CORRIGIR, SOLUCIONAR E EVITAR O ESTUPRO QUANDO A MULHER ESTÁ COM A CAPACIDADE DE DISCERNIMENTO REDUZIDA PARA CONSENTIR COM ATOS SEXUAIS

Para que a forma de estupro de vulnerável tratada neste trabalho deixe de ocorrer, é necessário uma série de desconstruções. Primeiramente, deve-se ter a conscientização de que estupro não é só aquele enquadrado no *rape script*. A vítima de estupro não é somente a mulher que sozinha, tarde da noite, em local isolado, é estuprada violentamente por um desconhecido. Do mesmo modo, não são todas as vítimas de estupro que tentam se defender de qualquer forma, lutando com todas as forças até o final do ato e logo depois apresentam traumas, se mostram assustadas e logo em seguida denunciam o ocorrido. Esses *rape myths* precisam ser desconstruídos para que todas as formas de estupro se tornem menos frequentes e até inexistentes.

Uma mulher pode ser estuprada por um conhecido, em ambiente familiar e seguro, a qualquer hora do dia, a qualquer momento. Ela pode não dissentir com o ato, por medo ou por outros motivos. Ela pode querer esconder o ocorrido, por vergonha e receio das consequências. Mais, ela pode querer esconder o fato dela mesma, se negando ou demorando a acreditar que foi estuprada, acreditando nas justificativas da sociedade (foi estuprada porque estava embriagada, porque aceitou sair com um homem, porque usava determinada roupa).

Outrossim, para que haja uma mudança estrutural e o estupro, especialmente de vulnerável, se torne cada vez menos frequente e inexistente, exige-se que a ideia de que há um padrão de normalidade para cada sexo seja desconstruída. Isso porque com um



estabelecimento de um padrão para as subjetividades e seus desejos, há um desencadeamento de um processo de exclusão ou de tentativa de heteronormalização daqueles que não atendem a esse padrão. São os chamados corpos abjetos, que não importam, ou seja, mulheres que não se encaixam no ideal de fragilidade do sexo feminino, transgêneros, intersexuais, homossexuais e bissexuais (BORGES; LEMOS, 2017, p. 13).

Assim, muitos estupros contra mulheres são justificados porque suas ações não reafirma o sexo com o qual se identificam ou “deveriam” se identificar, na medida em que estavam embriagadas, sozinhas em festas ou consentiram, de certa forma, com uma aproximação mais íntima, ou seja, não se comportaram de acordo com o ideal regulatório do sexo (BORGES; LEMOS, 2017, p. 13).

Sobre a heteronormalização:

Pode-se afirmar que os *rape scripts* são práticas discursivas materializadoras desse ideal regulatório do sexo, suas narrativas sobre o estupro impõem um padrão heteronormativo, ao tentar descrever a situação “verdadeira” de estupro, em que a mulher frágil é subjugada pelo homem viril, já os *rape myths* são narrativas que de alguma maneira denunciam esta naturalização do padrão de comportamento do sexo feminino, do masculino e de como a imagem dessa situação “verdadeira” de estupro constitui corpos e subjetividades (BORGES; LEMOS, 2017, p. 13).

Frequentemente as próprias vítimas de estupro em situações que não se enquadram o *rape scripts* não se enxergam como abusadas, pois como corpos heteronormalizados acreditam que por estarem embriagadas ou por causa da roupa provocante estariam sujeitas a essa forma de violência, uma vez que os corpos masculinos são viris, tem necessidades como a posse sexual. Assim, “sem perceber que sua performatividade reafirma o binário de sexo e a permissividade da violência contra os corpos não normalizados” (BORGES; LEMOS, 2017, p.13).

Isto posto, considerando o descaso com o estupro corriqueiro, a banalização da violência de gênero, da naturalização de uma dominação sexual masculina, é necessário questionar sobre as formas de resistência, estratégias para transformar essa situação e para dar voz às vítimas (BORGES; LEMOS, 2017, p. 14)

Muitos afirmam que a solução seria a criminalização dos agressores e a aplicabilidade de punições mais severas. Todavia, o Direito é um discurso de poder e acaba sendo excludente, pois as práticas jurídicas estão inseridas em um determinado contexto e garante os direitos dos heteronormalizados, que se encaixam em certo padrão de normalidade, excluindo muitas outras identidades do gozo de direitos e deixando de cumprir a promessa de emancipação (BORGES; LEMOS, 2017. p. 14). Por conseguinte, o direito penal não é a solução para essa forma de estupro, pois seu discurso é inapto para emancipar as identidades que com frequência são vítimas dessa violência e “para permitir subjetivações para além da heteronormatividade que possam resistir, na medida em constitui e impõe o binário de gênero legitimador dessa violência sexual” (BORGES; LUCCHESI, 2015).

Cumprir reforçar que se deve desconstruir, principalmente, a crença de que a culpa do estupro é da mulher, sobretudo nos casos em que a vítima estava vulnerável, com a capacidade de discernimento reduzida para consentir com atos sexuais, particularmente se isso se deve ao fato de ela estar embriagada.

Sobre o mito da culpabilidade feminina, a autora Débora Figueiredo (2014, p. 153 e 154) expõe os seguintes relatos em seu texto “Discurso, gênero e violência”:

“Para ser sincero, nós [a família do agressor] sabíamos que ela era uma puta, e que se ela transasse com 1 homem ou com 50 não faria nenhuma diferença” [declaração de um estuprador que atacou a vítima sob ameaça de faca] (SCULLY, 1990, p. 108).

“O que quero dizer é que uma moça pedindo carona tarde da noite não deveria buscar a proteção da lei; ela é culpada de uma grande dose de negligência, tendo contribuído para o crime” [trecho de um julgamento inglês de estupro de 192, no qual o acusado recebeu uma multa de 200 libras por estuprar uma moça de 17 anos] (PATTULO, 1983, p. 21).

“O que o advogado de defesa tentou fazer durante o julgamento [...] foi demonstrar que a reclamante era promíscua, isto é, que ela não apenas havia tido experiências sexuais com homens com os quais não estava casada, mas que havia agido de forma casual e sem discriminação. Em todo caso, era fundamental para tal argumentação o fato de que havia uma base factual para sugerir a promiscuidade [da vítima] neste caso” [ trecho de uma decisão de apelação britânica de 1988 num caso onde a promiscuidade da vítima foi utilizada como evidência de consentimento] (The Criminal Appeal Reports, 1997).

Para explicar a insensibilidade dos estupradores entrevistado em relação às suas vítimas, Scully (1990, p. 115) argumenta que os estupradores têm dificuldade em se

colocar no lugar da vítima e entender sua perspectiva. Isso acontece devido a forma como o poder é distribuído entre os gêneros. Quem tem mais poder dificilmente se coloca no lugar daquele que tem menos. Por outro lado, é de suma importância para os que têm menos poder aprender a entender e antecipar o comportamento dos demais. Ou seja, para os homens não é essencial se colocar no lugar das mulheres ou tentar ver as coisas a partir de um prisma feminino, já para as mulheres, se colocar no lugar dos homens é uma estratégia de sobrevivência (SCULLY, 1990. p. 116).

Cumprе аcentuar que o sistema judicial é ineficaz para a solução e evitabilidade do delito em exame, pois seu discurso sobre o estupro utiliza padrões patriarcais que não estão adstritos ao sistema jurídico e que estão relacionados às práticas discursivas da sociedade em geral sobre violência de gênero. De acordo com esses padrões, o estuprador nem sempre é responsável por seus atos e a vítima, geralmente, compartilha a culpa do ocorrido (FIGUEIREDO, 2014, p. 154).

Assim, são poucos os casos que são denunciados e menos ainda os que chegam aos tribunais. Esses ocupam um lugar simbólico, a fim de que a justiça seja feita em casos específicos, para mostrar a “eficiência” do sistema de uma “boa sociedade”. Todavia, essa justiça simboliza apenas valores socialmente desejáveis e noções do senso comum sobre homens, mulheres, seus relacionamentos e formas de estupro (FIGUEIREDO, 2014. p. 154). Os estereótipos relativos ao comportamento social e sexual feminino invocados nos casos de estupro pelos operadores de direito, reforçam os mitos e histórias populares, confirmando que os julgamentos servem mais como lições moralizantes do que como forma eficiente de resolução de conflitos (LIEBES-PLESNER; 1984 apud FIGUEIREDO, 2014).

Para solucionar a ineficiência do sistema, Coates e Wade (2004, p. 522) defendem que:

Para que o Estado (através do Poder Judiciário, por exemplo) responda à violência de gênero, criando políticas e programas de prevenção e intervenção justos, seguros e eficazes, será preciso adotar práticas discursivas que (1) exponham a violência; (2) esclareçam a responsabilidade; (3) explicitem e valorizem as respostas e a resistência das vítimas; e (4) contestem a culpabilização e patologização das vítimas.

Em 1985, com as demandas dos movimentos feministas brasileiros para que a violência de gênero fosse identificada pelo poder público como um problema social sério, houve a implantação da primeira Delegacia de Polícia especializada em violência contra a mulher (BOSELLI, 2003). Deste modo, as mulheres passaram a denunciar seus agressores em escala maior, promovendo um dimensionamento e publicização da questão de violência contra mulher (SCARDUELLI, 2006).

Todavia, o objetivo da criação destas Delegacias, ou seja, a viabilização de um espaço com condições adequadas para que as mulheres pudessem denunciar a violência sofrida e receber um tratamento especializado, ainda não foi totalmente atingido (FIGUEIREDO, 2014, p. 155).

Corretamente aponta Scarduelli (2006, p. 35):

Passado o momento de euforia inicial da criação do órgão, do qual se esperava muito, inúmeras expectativas não foram cumpridas. Em mais de dez anos de experiência policial, pude perceber um nível bastante baixo de motivação entre os policiais que desempenham suas funções na Delegacia da Mulher, bem como dos policiais das outras delegacias com relação ao trabalho da DM. É possível perceber um quadro de desencanto, ou mesmo de apatia, em relação à função social que as DMs exercem no contexto da violência contra a mulher.

Segundo a autora, isso ocorre pela falta de capacitação adequada dos agentes policiais na perspectiva de gênero, fazendo com que as vítimas muitas vezes se sintam culpadas por terem sido agredidas. Assim, nota-se a necessidade de preparar adequadamente esses agentes, com um treinamento correto, a partir da propagação de informações importantes e relevantes.

Deste modo, os discursos da lei e da mídia sobre estupro, especialmente de vulneráveis, quando a mulher não pode consentir com atos sexuais por estar com baixo grau de discernimento, acabam aumentando o desequilíbrio de poder entre gênero, sem garantir os direitos femininos. Isso influencia a forma como as mulheres veem a si mesmas, seus agressores e a violência que sofreram (FIGUEIREDO, 2014, p. 156)

Nesse sentido:

Mulheres diferentes provavelmente minimizam ou silenciam a violência sofrida, especialmente quando seus casos particulares não se enquadram nos protótipos aceitos, tanto pela sociedade quanto pela lei, sobre que constitui um estupro "genuíno". A própria dificuldade das mulheres em reconhecer o que viveram como estupro, acrescida de sentimento de vergonha, de culpa e do temor do tratamento

policial e jurídico, leva muitas delas a silenciar sobre os crimes sexuais (FIGUEIREDO, 2014, p. 156).

A partir disso, percebe-se que para evitar e até mudar essa situação (estupro, especificamente de vulneráveis) é necessária uma mudança das instituições, para que a justiça se mostre adequada e a vítima seja corretamente atendida, recebendo o melhor tratamento possível a fim de que os danos sejam amenizados da melhor forma.

Mais que isso, deve haver uma mudança cultural e social, ou seja, essa forma de estupro (quando a mulher está com a capacidade de discernimento reduzida para consentir com atos sexuais) não deve ser justificada e aceita. É inadmissível que haja incentivo para que os homens deixem as mulheres vulneráveis para facilitar essa violência. Com isso, nota-se a necessidade de uma mudança estrutural, através de discursos e práticas, com o objetivo de desconstruir a ideia patriarcal, de que o homem tem domínio sobre o corpo feminino e que esse domínio pode e deve ser facilitado, através da vulnerabilidade da vítima, causada especialmente pela ingestão, voluntária ou não, de drogas ou álcool.

Essa transformação é possível através de debates sobre o assunto, onde tenha, principalmente, espaço seguro para as vítimas falarem sobre esses acontecimentos. Além disso, são necessárias medidas de políticas públicas, possibilitando maior acesso das vítimas às instituições que apresentem soluções para amenizar os danos causados, com o adequado tratamento. Por fim, deve haver medidas nesse sentido para divulgar a importância de falar sobre o assunto conscientizando o maior número possível de pessoas da gravidade do delito de estupro, a fim de que se tenha conhecimento de estupros que não se enquadram nos *rape scripts*, que são tão importantes e até mais frequentes que esses.

## CONSIDERAÇÕES FINAIS

Apesar de ser complexo resistir às violências das sociedades contemporâneas, deve-se lembrar que “lá onde há poder há resistência e, no entanto (ou melhor, por isso mesmo) esta nunca se encontra em posição de exterioridade em relação ao poder” (FOUCAULT, 1999, p.91). Assim, embora haja dificuldade para transformar a estrutura social, essa transformação é possível, através de desconstruções e resistência.

Foi evidenciado que quando a mulher está com a capacidade de discernimento reduzida para consentir com atos sexuais e mesmo assim há a prática do ato, o estupro

de vulnerável é configurado. A primeira providência a ser tomada para que esse tipo de violência sexual deixe de existir, é salientar sua existência. Usualmente não acredita-se na palavra da vítima que sofreu esse tipo de estupro, ou, muitas vezes, essa forma de violência nem chega a ser considerada estupro pela sociedade, que acaba colocando a culpa na vítima pelo ocorrido.

Dessa forma, deve-se conferir credibilidade à palavra da vítima, para que todas que sofreram essa violência se sintam encorajadas para expor o ocorrido e falar sobre, a fim de que seja mais fácil buscar soluções para evitar esse estupro de vulnerável e formas de amenizar o sofrimento da vítima.

Foi destacado a ineficácia do sistema judicial para lidar com esse delito. Sua resposta à sociedade é simbólica, uma vez que o resultado de suas medidas não têm se mostrado favorável às vítimas. Por isso, é necessário uma mudança no discurso jurídico e um melhor preparo dos operadores que se envolvem nessa situação, desde a polícia que deve socorrer a vítima, até o juiz que penaliza o autor do delito. A vítima merece uma resposta satisfatória, para que outras mulheres que sofreram o estupro também não silenciem sobre o acontecimento.

O maior enfoque deste trabalho foi destacar a importância de discutir o assunto, pois o estupro de mulheres vulneráveis, especialmente aquelas que se encontram nessa situação devido a ingestão de álcool ou substâncias análogas, é muito frequente na nossa sociedade. Todos devem perceber que essa violência é inaceitável e deve deixar de acontecer. Foi salientado a necessidade de mudança da nossa estrutura heteronormativa, que é comandada por e para homens. A mulher deve ter seu espaço garantido para que a estrutura também seja comandada por ela, a fim de que haja medidas que lhe favoreçam, garantindo seus direitos e igualdade em relação aos homens.

## REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ADLER, Z. **Rape on Trial**. London: Routledge & Kegan Paul. *The British Journal of Criminology*, Volume 28, n 1, p. 116–117, 1988. Disponível em <<https://academic.oup.com/bjc/article-abstract/28/1/116/363449/BOOK-REVIEWS-REVIEW-SYMPOSIUM?redirectedFrom=fulltext>>. Acesso em: 12 setembro 2017.

BATTAGLINI, Giulio. **Direito Penal**. São Paulo: Saraiva, v.1, 1973.

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de Direito Penal – Parte Especial**. São Paulo: Saraiva, 6ª ed. v. 4, 2012.



BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de direito penal - Parte Geral**. São Paulo: Saraiva, 16 ed. v. 1, 2011.

BOURDIEU, Pierre. **A dominação masculina**. Trad. Maria Helena Kuhner. Rio de Janeiro: BestBolso, 2014.

BORGES, Clara Maria Roman; LEMOS, Alessandra Prezepiorski. Os estupros nas universidades: uma análise da heteronormalidade e seus mitos. **Revista Brasileira de Ciências Criminais: RBCCrim**, São Paulo, v. 25, n. 133, p. 199-218, 2017. Disponível em: <<https://bdjur.stj.jus.br/jspui/handle/2011/111483>>. Acesso em: 27 agosto 2017.

BORGES, Clara Maria Roman; LUCCHESI, Guilherme Brenner. O machismo no banco dos réus: uma análise feminista crítica da política criminal brasileira de combate à violência contra a mulher. **Revista de Direito UFPR**, Curitiba, v. 60, n. 3, p. 217-247, 2015. Disponível em: <<http://revistas.ufpr.br/direito/article/view/41788/26947>>. Acesso em: 12 setembro 2017.

BOSELLI, Giane. **Instituições, gênero e violência**: Um estudo da Delegacia da Mulher e do Juizado Criminal. Dissertação de Mestrado em Ciências Sociais, Faculdade de Filosofia e Ciências, UNESP. 2003. Disponível em <<https://books.google.com.br/books?isbn=8586501530>> Acesso em: 10 outubro 2017.

BRASIL. **Código Penal**. Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940. Vade mecum. São Paulo: Saraiva, 2017.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Vade mecum. São Paulo: Saraiva, 2017.

BRASIL. Lei no 11.340/06. Altera o Código de Processo Penal, o Código Penal e a Lei de Execução Penal; e dá outras providências. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 8 de agosto de 2006.

BRASIL. Lei no 13.104/15. Altera o art. 121 do Decreto-Lei no 2.848, de 7 de dezembro de 1940 – Código Penal, e o art. 1º da Lei no 8.072, de 25 de julho de 1990. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 10 de março de 2015.

BRASIL. **Tolerância Social à Violência contra as Mulheres**. IPEA (Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada). 2014.

BRUNO, Aníbal. **Direito Penal**. 3ª ed. Rio de Janeiro, Forense, v. 1-3, 1967.

CAMPOS, Carmen Hein de; CARVALHO, Salo de. **Tensões atuais entre a criminologia feminista e a criminologia crítica: a experiência brasileira**. In: CAMPOS, Carmen Hein de (Org.). Lei Maria da Penha (comentada em uma perspectiva jurídico-feminista). Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, p. 143-169.

CANCIO MELIÁ, Manuel. **Direito Penal do Inimigo?** In: JAKOBS, Gunther; CANCIO MELIÁ, Manuel. **Direito penal do inimigo: noções e críticas**. 3 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.

CASTRO, Francisco José Viveiro. **Os delitos contra a honra da mulher**. 4 ed. São Paulo: Freitas Bastos. 1942.

COATES, L. e WADE, A. **Telling it like it isn't: Obscuring perpetrator responsibility for violent crime**. *Discourse & Society*, 15(5), p. 499–526, 2004. Disponível em <<http://journals.sagepub.com/doi/abs/10.1177/0957926504045031>>. Acesso em: 12 outubro 2017.

DEMING, Michelle E.; COVAN, Elano Krassen; SWAN, Suzanne C.; BILLINGS, Deborah L. **Exploring rape myths, gendered normas, group processing, and the**

**social context of rape among college women:** a quantitative analysis. Violence against women, v. 19, n.4, p. 466, 2013.

EDWARDS, Susan. **Female Sexuality and the Law**. Oxford: Martin Robertson. 1981. Disponível em <<http://heinonline.org/HOL/LandingPage?handle=hein.journals/lwincntx1&div=14&id=&page=>>>. Acesso em: 10 outubro 2017.

EDWARDS, Susan. **Policing 'Domestic' Violence:** Women, the Law and the State. London: Sage Publications. 1991. Disponível em <<http://psycnet.apa.org/record/1989-98689-000>>. Acesso em: 8 outubro 2017.

EDWARDS, Susan. **Sex and Gender in the Legal Process**. London: Blackstone Press. 1996. Disponível em <<http://www.balonindonesia.com/sex-and-gender-in-the-legal-process.pdf>>. Acesso em: 12 outubro 2017.

FIGUEIREDO, Débora de Carvalho. **Victims and villains:** Gender representations, surveillance and punishment in the judicial discourse on rape. International Journal of Speech Language and the Law, v. 8. n. 1, 2001. Disponível em <<https://journals.equinoxpub.com/index.php/IJSLL/article/view/1696>>. Acesso em: 8 outubro 2017.

FIGUEIREDO, Débora de Carvalho. **Discurso, Gênero e violência**. Language and Law, v. 1, 2014, p. 141-158. Disponível em <http://ler.letras.up.pt/uploads/ficheiros/12689.pdf>. Acesso em: 12 outubro 2017.

FOUCAULT, Michel. **Em defesa da sociedade**. Trad. Maria Ermantina Galvão. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

FOUCAULT, Michel. **The History of Sexuality:** An Introduction. London: Penguin, v. 1, 1984. Disponível em <<https://suplaney.files.wordpress.com/2010/09/foucault-the-history-of-sexuality-volume-1.pdf>>. Acesso em: 12 outubro 2017.

FUHRER, Maximiliano Roberto Ernesto. **Novos crimes sexuais**: com a feição instituída pela Lei 12.015, de 7 de agosto de 2009. São Paulo: Malheiros, 2009. Disponível em <<http://www.lexml.gov.br/urn/urn:lex:br:redede.virtual.bibliotecas:livro:2009;000867691>> Acesso em: 10 outubro 2107.

GARCIA, Basileu. **Instituições de Direito Penal**. 6ª ed. São Paulo, Max Limonad, v.1, 1982.

GRECCO, Alessandra Orceli Pedro; RASSI, João Daniel. **Crimes contra a Dignidade Sexual**. São Paulo: Atlas S.A, 2010. Disponível em <<http://www.lexml.gov.br/urn/urn:lex:br:redede.virtual.bibliotecas:livro:2010;000878789>>. Acesso em: 10 outubro 2017.

GRECO, Rogério. **Curso de direito penal parte especial**. São Paulo. vol. III. 10. ed. Impetus, 2013. Disponível em <[http://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/documentacao\\_e\\_divulgacao/doc\\_biblioteca/bibli\\_servicos\\_produtos/bibli\\_boletim/bibli\\_bol\\_2015/Bol17\\_02.pdf](http://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/documentacao_e_divulgacao/doc_biblioteca/bibli_servicos_produtos/bibli_boletim/bibli_bol_2015/Bol17_02.pdf)>. Acesso em: 8 outubro 2017.

GUIMARÃES, Juliana Vianna. **Adequação social como limite à incriminação nos crimes sexuais**: da presunção de violência ao estupro de vulneráveis. Rio de Janeiro. EMERJ. 2013. Disponível em: <[http://www.emerj.tjrj.jus.br/paginas/biblioteca\\_videoteca/monografia/Monografia\\_pdf/2013/JulianaViannaGuimaraes\\_Monografia.pdf](http://www.emerj.tjrj.jus.br/paginas/biblioteca_videoteca/monografia/Monografia_pdf/2013/JulianaViannaGuimaraes_Monografia.pdf)>. Acesso em: 12 setembro 2017.

GUSMÃO, Chrysolito. **Dos Crimes Sexuais**. 5ª ed. Rio de Janeiro: Biblioteca Jurídica Freitas Bastos, 1981, p. 107-113.

HAYES, Rebecca M.; LORENZ, Katherine; BELL, Kristin A. **Victim blaming others**: rape myth acceptance and just world belief. *Feminist Criminology*, v. 8, n. 3, p.

208, 2013. Disponível em  
<http://journals.sagepub.com/doi/abs/10.1177/1557085113484788> Acesso em 10  
 outubro 2017.

KITIZINGER, C. **Just say no? The use of conversation analysis in developing a feminist perspective on sexual refusal**. Discourse & Society, v. 10(3), 1999, p. 293–316. Disponível em  
<http://journals.sagepub.com/doi/abs/10.1177/0957926599010003002>. Acesso em: 8  
 outubro 2017.

MAGGIO, Vicente de Paula Rodrigues. **O estupro e suas particularidades na legislação atual**. Jusbrasil. 2014. Disponível em:  
<https://vicentemaggio.jusbrasil.com.br/artigos/121942479/o-estupro-e-suas-particularidades-na-legislacao-atual>. Acesso em: 27 agosto 2017.

Ministério da Saúde. **Violência Intrafamiliar: orientações para a Prática em Serviço**. Brasília DF: Ministério da Saúde; 2002.

MCLEAN, S. A. M. **Female victims in the criminal law**. In S. A. M. McLean e N. Burrows, Orgs., The Legal Relevance of Gender: Some Aspects of Sex-based Discrimination. Basingstoke: Macmillan Press. 1988. Disponível em  
[https://link.springer.com/chapter/10.1007/978-1-349-19353-0\\_10](https://link.springer.com/chapter/10.1007/978-1-349-19353-0_10). Acesso em: 12  
 outubro 2017.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Crimes contra a dignidade sexual**: comentários à Lei 12.015, de 7 de agosto de 2009. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

NUNES, Geilson. Aspectos legais e doutrinários do crime de estupro e estupro de vulnerável em face da lei 12.015/2009. **Direito e Realidade**. V. 4, n. 1, p. 1-15, 2016. Disponível em  
[www.fucamp.edu.br/editora/index.php/direito-realidade/article/download/807/568](http://www.fucamp.edu.br/editora/index.php/direito-realidade/article/download/807/568). Acesso em: 10 outubro 2017.

PATTULLO, Polly. **Judging Women: A Study of Attitudes that Rule our Legal System**. London: NCCL Rights for Women Unit. 1983. Disponível em <<http://trove.nla.gov.au/work/19158869?q&versionId=22508516>>. Acesso em: 10 outubro 2017.

PRADO, Luiz Regis. **Código penal comentado**. 3ed. São Paulo: Revista dos tribunais. 2006.

Rede Feminista de Saúde. **Dossiê Violência contra a Mulher**. Disponível em: <<http://www.redesaude.gov.br>>. Acesso em: 27 agosto 2017.

SCARDUELLI, Márcia Cristiane Nunes. **A representação da delegacia da mulher para policiais civis da 19a região policial catarinense**. Dissertação (Programa de Pós-Graduação em Ciências da Linguagem), Universidade do Sul de Santa Catarina, Tubarão. 2006. Disponível em <<https://www.escavador.com/sobre/8327163/marcia-cristiane-nunes-scarduelli>>. Acesso em: 10 outubro 2017.

SCULLY, Diana. **Understanding Sexual Violence: a study of convicted rapists**. London: Unwin Hyman. 1990. Disponível em <[https://books.google.com.br/books?hl=pt-BR&lr=&id=3d-NAQAAQBAJ&oi=fnd&pg=PR10&dq=Scully,+D.+\(1990\).+Understanding+Sexual+Violence.+London:+Unwin+Hyman.&ots=wUZxZDvXnR&sig=Y0n-PRCL3WN-F0zvw0hLLSd7DNg#v=onepage&q&f=false](https://books.google.com.br/books?hl=pt-BR&lr=&id=3d-NAQAAQBAJ&oi=fnd&pg=PR10&dq=Scully,+D.+(1990).+Understanding+Sexual+Violence.+London:+Unwin+Hyman.&ots=wUZxZDvXnR&sig=Y0n-PRCL3WN-F0zvw0hLLSd7DNg#v=onepage&q&f=false)>. Acesso em: 12 outubro 2017.

SMART, Carol. **Feminism and the Power of Law**. London: Routledge. 1989. Disponível em <https://www.questia.com/library/104229068/feminism-and-the-power-of-law>. Acesso em: 8 outubro 2017.

WELZEL, Hans. **Derecho Penal alemán**. Trad. Juan Bustos Ramirez e Sergio Yáñez Pérez. Santiago: Jurídica de Chile, 1970.

WELZEL, Hans. **El nuevo sistema del Derecho Penal**. Trad. Cerezo Mir. Barcelona: Ariel, 1964.

WHO (World Health Organization). **World report on violence and health**. Geneva: World Health Organization; 2002.

YEATER, Elizabeth A.; O'DONOHUE, William. **Sexual assault prevention programs**: current issues, future directions, and the potential efficacy of interventions with women. *Clinical Psychology Review*, v. 19, n. 7, p.739, 1999.